غاية البيان نادرة الزمان

٨

قوام الاتقاني

الرقم ٨٢٠

المجموع ٨ مجلدات

غاية الايباح

الجزء ١

الشامس
الخامس

الجزء [redacted]

غاية البيان للشيخ الامام

العلامة قوام الدين ابو حنيفة

الاتقاني الفارابي وهو

اخر الكتاب

وعدة كراريسه

٥ اوعو

٤ كراسه



بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر يا كريم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

وكان من حق هذا الكتاب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بان ما يحدثه الرجل في الطريق ذكرا من الجرصن ونحو ذلك **قوله** قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا اصدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها ازال في الجامع الصغير وقوله وما اصابت بدل من قوله لما اوطئت وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون على الدابة وهو يسير عليها قال يضمن ما اصابت بيدها او برجلها او راسها او كدمت او خبطت الا النفحة بالرجل او النفحة بالذنب فانه لا يضمنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا سار الرجل على دابة اي الدواب كانت في طريق المسلمين فاوطئت انسانا بيد او رجل وهي تسير فقتله فديته على عاقلة الراكب وذلك لانه مستعمل للدابة بالتنقل من مكان الى مكان وهي مجبولة على هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته عبرانه خاطئ فوجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل حقيقة ولا يضمن ما نفحت برجلها وهي تسير لانه غير مستعمل اياها في النفحة فلا تضير بها قاتلا حقيقة وان كان سببا لذلك على معنى انه لولا تسييره في ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولانه ليس بمتعد في التسيير في سوق المسلمين والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا يؤخذ به وان كدمت انسانا بفيها او صدمت براسها او خبطت

بيدها

بيدها فهو ضامن وقال ابن ابي ليلى هو ضامن في جميع الوجوه لانه مسئول على الدابة بالركوب فصار فعلها كفعله ولكنا نقول انما يضاف فعل الدابة اليه بواسطة الحمل ولا حمل في هذه الافعال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها عما يوسعه صيانتها وفي وسعه صيانة الدابة عن الكدم والصدم والخبط فمتى قصر في ذلك حتى وقع ما وقع صار متعديا فيه فاخذ به وليس في وسعه صيانتها عن النفحة والضرب بالذنب فلا يوصف بالتعدي فيه لكونه غير مقصر فيه فلا يؤخذ بالضمان كذا في شرح الكافي والاصل في ذلك ما قال القدوري في شرحه ان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة وكلما تولد من السير مما لا يمكن الاحتراز منه فليس بمضمون الا ترى انه ماذون في المشي فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه الى المنع من التصرف لانه يقدر ان يتحفظ منه ولهذا قال اصحابنا ان ما كان من الغبار بالمشي او بسير الدابة لا يضمن ما تولد منه لانه لا يمكن الاحتراز منه ولذلك ما اثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار لا يمكن ان يحترز منه في السير فاما الحصا الكبار فان الراكب يضمن ما تولد منه لان ذلك لا يكون الا بالعنف على الدابة في السير وقالوا في شروح الجامع الصغير وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لان صيانة الدواب عن الوقوف ممكنة وان كان غير ممكنة عن النفحة فصار الايقاف تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة يقال اوطاته دابتي فوطئته فعلى هذا ينبغي ان يقال الراكب ضامن لما وطئته الدابة ولكن يجوز ان يكون مفعولا لا الا يطاء محذوفا نحو قولك فلان يعطي ويمنع او وطئت الدابة بيدها او رجلها انسانا والكدم العض



بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر يا كريم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

وكان من حق هذا الكتاب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بان ما يحدثه الرجل في الطريق ذكرا من الجوهر ونحو ذلك **قوله** قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا اصدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها ازيال في الجامع الصغير وقوله وما اصابت بدل من قوله لما اوطئت وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون على الدابة وهو يسير عليها قال يضمن ما اصابت بيدها او برجلها او راسها او كدمت او خبطت الا النفحة بالرجل او النفحة بالذنب فانه لا يضمنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا سار الرجل على دابة اي الدواب كانت في طريق المسلمين فاوطئت انسانا بيد او رجل وهي تسير فقتله فديته على عاقلة الراكب وذلك لانه يستعمل الدابة بالنقل من مكان الى مكان وهي مجبولة على هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته عبارة خاطئ وجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل حقيقة ولا يضمن ما نفحت برجلها وهي تسير لانه غير مستعمل اياها في النفحة فلا تضمين بها قال ابو حنيفة وان كان سببا لذلك على معنى انه لولا تسييره في ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولكنه ليس بمتعد في التسيير في سوق المسلمين والتسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا يؤخذ به قال واذا كدمت انسانا بفيها او صدمت براسها او خبطت

بيدها

بيدها فهو ضامن وقال ابن ابي ليلى هو ضامن في جميع الوجوه لانه مسؤول على الدابة بالركوب فصار فعلها كفعله ولكنا نقول انما يضاف فعل الدابة اليه بواسطة الحمل ولا حمل في هذه الافعال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها عما وسعه صيانتها وفي وسعه صيانة الدابة عن الكدم والصدم والخبط فمتى قصر في ذلك حتى وقع ما وقع صار متعديا فيه فلحق به وليس في وسعه صيانتها عن النفحة والضرب بالذنب فلا يوصف بالتعدي فيه لكونه غير مقصر فيه فلا يؤخذ بالضمان لذا في شرح الكافي والاصل في ذلك ما قال القدوري في شرحه ان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة وكل ما تولد من السير مما لا يمكن الاحتراز منه فليس بمضمون الا ترى انه ماذون في المشي فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز منه كان ذلك منعا من التصرف وما يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه الى المنع من التصرف لانه يقدر ان يتحفظ منه ولهذا قال اصحابنا ان ما كان من الغبار بالمشي او بسير الدابة لا يضمن ما تولد منه لانه لا يمكن الاحتراز منه وكذلك ما اثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار لا يمكن ان يحترز منه في السير فاما الحصا الكبار فان الراكب يضمن ما تولد منه لان ذلك لا يكون الا بالعنف على الدابة في السير وقالوا في شروح الجامع الصغير وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لان صيانة الدواب عن الوقوف ممكنة وان كان غير ممكنة عن النفحة فصار الايقاف تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة يقال اوطاته دابتي فوطئته فعلى هذا ينبغي ان يقال الراكب ضامن لما وطئته الدابة ولكن يجوز ان يكون مفعولا لا ايطا محذوفا ونحو قولك فلان يعطي ويمنع وتقديره اوطات الدابة بيدها او رجلها انسانا والكدم العض



يقدم الانسان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم هو ان
تضرب الشي بجسدك ونفحت الدابة الشي اذا ضربته بحافرها **قوله**
قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا
صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن
اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يؤخذ
بالضمان الا ترى انا نجعل سير الدابة كسيره بنفسه ولو سار بنفسه
فاصاب برجله هذه الاشيا فاصاب انسانا فقتله لا ضمان عليه لانه من
ضرورات المشي وهو مباح الا اذا كان حجرا كبيرا فيضمن حينئذ
لانه يمكن صيانة الدابة عن مثل هذا اما الظاهر انه انما وقع هذا من
قبل عنفه في امر السوق فيوصف بالتعدي فيؤخذ به **قوله** والمرتدف
فيما ذكرنا كالراكب قال الحاكم الشهيد في الكافي والراكب والرديف والسائق
والقائد في الضمان سوا المعنا ذلك عن شرح الا انه لا كفارة على السائق
والقائد في وطء الدابة ولا يحرم به عن الميراث وذلك لان الدابة مجبولة في
السير على ارادتهم يصرفون فيها ما شاءوا الا ان السائق والقائد مسببان
للقتل على معنى انه لولا السوق ولولا القود لم يوجد وطء الدابة والكفارة
جزاء مباشرة القتل بخلاف الراكب والرديف فانهما مباشران للقتل حيث
بثقلهما فيلزمهما الكفارة ويحرمان عن الميراث كالنائم اذا انقلب على انسان
قوله قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن
اي قال القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يسير على الدابة فتقف للروث او للبول فتروث وتبول فعطب
انسان بروثها او ببولها قال لا ضمان على الراكب وان كان صاحب الدابة

اوقفها

اوقفها لغير ذلك فراثت او بالت وهي واقفة فعطب انسان بروثها او ببولها
ضمن الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير لفخر الاسلام في شرحه والفرق ان
الاحتراز عن البول والروث غير ممكن فجعل عفوا والوقوف من ضروراته لان
الدابة لا تروث ولا تبول في الغالب الا بعد الوقوف فجعل ذلك عفوا ايضا ولم
يجعل مضافا الى صاحب الدابة فصار هدرا اما ما وقف الدابة لامر اخر فليس
مما وضع له الطريق فكان تعديا فلم يجعل ما اتصل به عفوا من التلف وان تعذر
الاحتراز عنه كمن جرح رجلا ضمن سرايته وان تعذر الاحتراز عنه ولذلك
من حفر بئرا على قارعة الطريق ضمن ما وقع فيه وان تعذر الاحتراز عنه
واللعاب اذا خرج من فم الدابة فابتل الطريق فزلق انسان فسقط فمات لا ضمان
فيه لانه لا يمكن حفظ الدابة عن مثل ذلك كذا في شرح الكافي **قوله** لان المعنى لا
يختلف وهو التصرف في الدابة بالتسيير قال الكرخي في مختصره من وقف
دابته على باب المسجد الاعظم او على باب مسجد من مساجد المسلمين فهو مثل وقفه
في الطريق وان كان الامام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفا يقفون
فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما اصابت بيدها او رجلها او حدث منها في ذلك الموقف
كان سائقها فيه او قائدها فانه هو ضامن لما تصيبه اذا فعلت ذلك
في الطريق العام المشترك قال القدوري في شرحه وذلك لان القائد والسائق
مقرب للدابة الى الجناية والاذن في الوقوف في هذا المكان لا يخرجه من
ان يكون طريقا فضمن ما يضمنه في الطريق الا ما استثناه الاذن ثم قال الكرخي ولذلك
ان كان الموضع قد اذن الامام فيه بعينه لسوق الخيل والدواب فلا ضمان
على الواقف بدابته فيما كان من دابته من نفح برجل او ذنب او بول او روث
او لعاب وكذلك لو كان الرجل راكبا عليها او واقفا فلا ضمان عليه في شيء من ذلك

وكذلك العلاقة من الارض اذا وقف فيها دابة وان كان راكبا عليها وكذلك طريق
مكة اذا كان وقوفه في غير المحجة ناحية عنها فان كان ذلك في المحجة فالمحجة بمنزلة
الطريق السابل في جميع ما وصفت لك واما ان كان سائرا في هذه المواضع التي اذن
فيها الامام بالوقوف او قايدا او سايقا فهو ضامن لا يزيل ذلك عنه اذن الامام
وانما يسقط عنه ما حدث من وقوف دابته في هذه المواضع كان راكبا او لم يكن
فيما حدث من الوقوف خاصة دون السير والسوق والقود فان الواقف في ملكه
والسايق فيه والقايد والساير فلا ضمان عليه في شي من ذلك الا فيما وطئت بيد او رجل
ولا يلزمه الكفارة في غير ذلك والمردف والراكب سوا في جميع ذلك وسوا كان
الذي لحقه الجناية مادونا له في دخول الملك او غير مادون له في ذلك والملك لو كان
في الملك كلبا عقورا فعقر من في الدار ممن اذن له بالدخول في الدار او لم يوذن له الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان ترك الكلب في الملك ليس بتعد فما تولد منه لا يضمن
قوله فلا يلحق به اي لا يلحق الايقاف بالسير اي لا يجعل حاله كحال السير يعني اذا
راثت الدابة او بالت في حالة السير لا ضمان في ذلك لانه لا يمكن السير بلا روث وبول
اصلا فكان من ضرورات السير ولذا اذا اوقفها لذلك لم يوجد منه ذلك فاما
اذا اوقفها لغير ذلك لامر اخر فراثت او بالت يجب الضمان لان الايقاف لغير
ذلك ليس من ضرورات السير وايضا الايقاف لدوابه اكثر ضررا بالمارة
من نفس السير فلم يكن في معنى السير فلم يلحق بالسير في عدم وجوب الضمان
قوله والسايق ضامن لما اصابت يدها او رجلها والقايد ضامن لما اصابت
بيدها دون رجلها وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
والمراد النفحة اي المراد من قوله او رجلها وقوله دون رجلها النفحة بالرجل لان
القايد يضمن وطء الرجل وكذا السايق يضمنه اما النفحة بالرجل فهل يضمنها السايق

ام لا فالقدوري يضمنها السايق ولا يضمنها القايد والفرق ان النفحة بالرجل
بمرأى من السايق فامكنه الاحتراز عن ذلك فوجب عليه الضمان لانه قرب
الدابة الى الجناية مع امكان الاحتراز بخلاف القايد فانها ليست
بمرأى عينه فلم يمكنه الاحتراز فلم يجب عليه الضمان في النفحة بخلاف الوطء بالرجل
والاصابة باليد حيث يجب الضمان في ذلك عليهما لامكان الاحتراز عن ذلك
وهكذا فرق القدوري في النفحة في مختصره بين السايق والقايد ولكن ظاهر
الرواية بخلاف ذلك الا ترى ان الحاكم الشهيد قال في مختصره والراكب والرديف
والسايق والقايد في الضمان سوا الا انه لا كفارة على السايق والقايد في وطء
الدابة ولا يحرم به عن الميراث وقال الكرخي في مختصره فان نفحت الدابة برجلها
وهي تسير او بذنبها فلا ضمان على الراكب ولا السايق ولا القايد ولا المردف
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرجل جبار وهو ما لا يمكن الراكب
التحفظ منه الى هنا لفظه وعلى هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله لان
الاحتراز لا يمكن من النفحة وانما يمكن من الايطاء والصدم وما لا يمكن الاحتراز
عنه لا يضمن ولذلك ما اصابت بذنبها فهو كرجلها لانه لا يمكن الاحتراز
عنه قوله وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم اي يضمنها الراكب
والسايق والقايد لان فعل الدابة مضاف اليهم لان سيرها بسيرهم
ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى الزهري عن سعيد
بن المسيب عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الرجل جبار
بيانه ان المراد منه اما ان يكون الوطء بالرجل او النفحة والاول ليس بمراد
بالاجماع لانه ليس بجبار فتعين الثاني ولا يلزم الالغا للنص عن الفايدة
قوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره جواب عن قول الشافعي

ان فعل الدابة مضاف اليه يعني يكون فعلها كفعل صاحبها فيضمن وقال انما ينتقل
فعل الفاعل الى غيره اذا كان التخويف بالقتل لا بالضرب كما في الاكراه الكامل
ينتقل لا في القاصر وهنا التخويف بالضرب لا بالقتل وفيه نوع وهن والجواب
الصحيح لنا على الخصم ما ذكرنا من المعقول ولا رواية من الحديث ثانيا قوله
قال في الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد وذلك لان سير
الدابة مضاف الى السائق والقائد كما يضاف الى الراكب فلزمه الحفظ عما يمكن
الحفظ والاحتراز عنه ووضع عنه ما ليس في وسعه فاذا اضيف اليه ضمنه كانه
فعله بيده الا انه لا يكون على السائق والقائد الكفارة وعلى الراكب الكفارة فيما
اوطأت الدابة لان فعل الراكب على الدابة اتصل بالقتيل فصار مباشرا
بمنزلة الرامي فاما السائق والقائد فلم يتصل اثر فعلهما بالقتيل بل فعلهما تسبيب
والكفارة جزاء الفعل وهو القتل فلم يجب على المسبب الذي هو دون المباشر
في استحقاق الجزاء وهو كحافر البئر وواضع الحجر فانه لا كفارة على الحافر والواضع
فكذا هنا قوله ولا على الراكب في غير الايطاء اي لا كفارة على الراكب في غير
الايطاء كالنفحة بالرجل والذنب لانه متسبب في ذلك وانما الكفارة عليه
في الايطاء لانه مباشر لان التلف حصل بثقله وثقل الدابة جعل تبعا
له حيث كان سيرها مضافا اليه قوله ولو كان راكب وسائق قيل لا
يضمن السائق ما اوطأت الدابة يعني لا يشتركان في الضمان بل يجب الضمان على
الراكب لان الراكب صاحب علة والسائق صاحب سبب والاصل في اضافة
الحكم هو السبب وقيل يشتركان فيكون نصف الضمان على الراكب ونصفه
على السائق قال الكرخي في مختصره ولو امر نخسها وهو يسير فوطئت انسانا فقتلته
فالدية عليهما نصفين لانهما الان راكب وسائق الى هنا لفظ الاول يعني ان الناخس

كالسائق

كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب يشتركان في الضمان فكذا الناخس
والراكب يشتركان وهذا لان كل واحد منهما متعد بطريق التسبيب لانه
بثقل الراكب ودفع الناخس وقال الامام الاسبيجابي فان كان سائق وراكب او سائق
وقائد او راكب وقائد فالضمان عليهما جميعا غير ان الكفارة على الراكب وحده قوله
قال واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال
القدوري في مختصره وعند زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف
دية الاخر وكذلك الخلاف في الراجلين يصطدمان لزفر في شرح الكافي
لهما ان كل واحد منهما مات بفعله لانه بفعل نفسه وبفعل صاحبه لان الاصطدام
فعلهما جميعا وفعله في حق نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر فيكون المضمون هو النصف
فصار كما اذا اصطدما عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه او حفرا جميعا
بئرا على قارعة الطريق فوقعا فيها فماتا ولنا ما روى محمد في الاصل عن علي في هذه
الحادثة انه اوجب على عاقلة كل واحد منهما دية كاملة وقال بلغنا ذلك عن علي بن ابي طالب
ولان فعل كل واحد منهما مباح في حق نفسه وهو مشيه في الطريق فلا يصلح سببا للضمان في حق
نفسه الا اذا كان انسانا كالوقوع في بئر محفورة على قارعة الطريق لا يكون شيء من دمه هدرا
بان يقال لولا مشيه لم يقع في البئر فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه ايضا بان يقال
لولا تقربه نفسه من المصدوم لم يهلك ولان المباح يصلح سببا للضمان في حق صاحبه
لان المباحات تتقيد بشرط السلامة كالنائم ينقلب في نومه على غيره فيهلك به
يجب عليه ضمانه ولما كان فعل كل واحد منهما معتبرا في حق صاحبه لا في حق نفسه لم يسقط شيء
من الضمان بل وجبت دية كاملة لكل واحد على عاقلة صاحبه وفي المسائل المذكورة فعل كل واحد
منهما محظور لا مباح والمحظور يصلح سببا للضمان ولكن لم يعتبر فعل كل واحد
منهما في ايجاب الضمان في حق نفسه لعدم الفائدة فيبقى فعله معتبرا في حق صاحبه

يوجب اتحاد نصف الضمان على عاقلة كل واحد وفيما يخرج فيه الفعل الواقع
منه لكونه مباحا لم يعتقد موجبا للضمان في حق نفسه اصلا فاضيف
ضمانه الى صاحبه جملة وظهر الفرق بين المعسر والمعسر عليه قال في الاجناس
قال ابو يوسف في نوادر هشام رجلين تجاذبا حبلا فوقعا على وجوههما فماتا جميعا
انه يضمن كل واحد منهما دية صاحبه ولو وقع احدهما على قفاه والاخر على
وجهه فانا اضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه وان انقطع الحبل
فوقعا جميعا على اقفيتهما فانا اضمن القاطع ديتهما وضمن الحبل قال محمد
ان وقعا على وجوههما اذا قطع الحبل قال محمد لا يكون هذا من قطع الحبل
وقال محمد في نوادر ابن رستم لو وقعا على اقفيتهما فلا ضمان على قاطع الحبل
قوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا يعني اذا كان
المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف
دية الاخر بالاتفاق واذا وقع ذلك خطا يجب الدية الكاملة على عاقلة كل
واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعي قوله ولو كانا عبدين يهدر الدم
في الخطا يعني اذا اصطدم العبدان خطا فماتا هدر الدم لان الجناية
تعلقت برقبة العبد الجاني ولهذا اندفع بها الا ان يفديه المولى وقد مات
فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى شيئا لان موت العبد لم يكن
من فعله وكذا اذا وقع الاصطدام من فعلهما جميعا عمدا لانه يشبه
العمد فكان كالخطا بهدر الدم حيث لم يخلف العبد شيئا لان العبد لا
مال له فكان هدرا دية اي بطل قوله ولو كان احدهما حرا والاخر
عبدا يعني اذا كان احد المصطدمين حرا والاخر عبدا ففي صورة الخطا
يجب على عاقلة الحر قيمة العبد لان كل شيء من الحر فيه الدية ففيه القيمة من العبد

وكل

وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه نصف القيمة من العبد ثم ما وجب
على العاقلة من قيمة العبد فهو لورثة الحر ويبطل حق الحر المقتول فيما زاد
من الدية على قيمة العبد لان العبد لم يخلف الا قدر القيمة ويبطل
ما زاد على ذلك لانه لم يخلف شيئا فيما زاد واصل ذلك ما ذكر القدوري
في شرح مختصر الكرخي في باب ارش الجنايات على الرقيق ان العبد المقتول
خطا تجب قيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف
انه قال في مال القاتل وانما تجب قيمة العبد على العاقلة عندهما لانه ضمان
الادمي وعند ابي يوسف تجب على الحر لانه ضمان مال وسيجيء
بيانه في مسالة قيمة العبد انها هل تبلغ بالغة ما بلغت بناء على هذه
القاعدة انه مضمون بالقتل من حيث انه ادمي او من حيث انه مال قوله
وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد يعني اذا اصطدم الحر
والعبد ووقع ذلك منهما عمدا يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد فاخذها
ورثة الحر لان المضمون في صورة العمد نصف قيمة العبد وقد اخلف
هذا القدر فيبطل ما زاد على ذلك من نصف دية الحر لان ما زاد
على ذلك سقط لموت العبد من غير خلف قوله قال ومن ساق دابة
فوقع السرج على رجل فقتله ضمن اي السائق وفي الجامع الصغير قال صاحب
الهداية وعلى هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه يعني يجب الضمان
على السائق في جميع ذلك لان وقوع جميع الات الدابة لتقصير منه لانه
لو احكمها لم تقع فيجب الضمان كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على
انسان فقتله بخلاف الرداء الملبوس اذا سقط فاتلف شيئا
حيث لا يجب الضمان اذا كان مما يلبسه الانسان عادة لانه لا يمكنه

الاحتراز عنه ولا منه بد فكان مضمونا وتمام البيان هنا مر في باب
ما يحدثه الرجل في الطريق عند قوله ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على
انسان فعطب به فهو ضامن **قوله** قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما
اوطأ اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان معه سائق فالضمان
عليهما وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقود
قطارا فوطئ بعير منه انسانا فقتله قال على عاقلة القائد الدية وذلك
لان القطار يسير بسيره ويقف بايقافه فكان عليه صيانته
فما حدث من ذلك يكون مضمونا عليه فضمان الدية ما حدث من القطار
للتسبيب بمنزلة في الحكم كانه قتله خطأ فيجب على عاقلته الدية واورد
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل
لو ان انسانا قاد اعمى فاوطأ الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد
الضمان قيل له ينبغي ان لا يجب لان الاعمى بنفسه من اهل وجوب
الضمان فيحال بفعله الى نفسه خاصة واما فعل البعير فجبار لا عبرة له في حكم
نفسه فجعل منسوبا الى القائد فان كان معه سائق فالضمان عليهما لان كل
واحد منهما مقرب للقطار فاشتركا في سبب الجناية قال الكرخي
في مختصره فان كان السائق في وسط القطار فما اصاب مما خلف هذا
السائق وما بين يديه من شيء فهو عليهما الى هنا لفظه رحمه الله لان ما بين يديه هو له
سائق والاول له قائد وما خلفه هما له قائدان فيشتركان في الضمان
وقال الكرخي ايضا وان كان يكون احيانا وسطا واحيانا متأخرا واحيانا متقدما وهو
يسوقها في ذلك فهو بمنزلة الاول ثم قال الكرخي وقال محمد
في املاء الكيسانيات لو ان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف

القطار

القطار يسوقه ويزجر الابل فتنزجر بزجره وبسوقه وعلى الابل قوم
في المحامل نيام فوطئ بعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق
والراكبين على البعير الذي وطئ وعلى الراكبين جميعا الذين قدام البعير الذي
وطئ على عواقلهم جميعا على عدد الرؤوس والكفارة على الراكبين خاصة الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان القائد والسائق مقربان الى الجناية والركبان
امام البعير كالقائد لما خلفهم والراكب على البعير حصل التلف بثقله
فاشتركوا في سبب الضمان فانقسم عليهم والكفارة على راكب البعير الذي
وطئ خاصة لان القتل بثقله ومن سواه قاتل بسبب وقال الكرخي ايضا
ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطئ لا يزجر الابل ولا يسوقها فلا
على بعير منها او غير راكب فلا ضمان على احد منهم لانهم ليسوا قائدين ولا
سائقين الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانهم لما لم يسوقوا ولم يقودوا صاروا
كمتاع على الابل وقال الكرخي ايضا واما الركبان امام البعير الواطئ فانهم جميعا
قادة البعير الواطئ ولجميع ما خلفه قال القدوري في شرحه وهذا محمول على
انهم كانوا يفعلون فعلا في القود فاما اذا لم يكن يفعل منهم في القود
فهم كالمتاع فلا يجب عليهم الضمان فان الانسان قد يكون قائدا وان لم
يفعل القود الا ترى ان النائم قد يكون قائدا ولا يكون سائقا اذا لم
يفعل السوق فلذلك افترقا قال في المغرب والقطار الابل تقطر على
نسق واحد والجمع قطر **قوله** هذا اذا كان السائق في جانب من الابل اي
وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما اذا كان السائق يسوق الابل
غير اخذ بزمام البعير اما اذا اخذ الزمام فيكون الضمان عليه في
الذي هلك خلفه لا على القائد المقدم لانه لما انقطع الزمام عن القطار لم

لكن القائد المقدم قائد لما خلف السائق فاما ما هلك قدام السائق فيضمنه
السائق والقائد جميعا لاستوائهما في سبب وجوب الضمان لان كل واحد
منهما منسوب الى الجناية هذا بسوقه وذاك بقوده **قوله** وان
ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى
عاقلة القائد الدية ارسال في الجامع الصغير وتمامه فيه ثم يرجعون بها على
عاقلة الرابط اما وجوب الدية على عاقلة القائد فلان القطار في يده فكان
عليه حفظه واما الرجوع على عاقلة الرابط فلان الرابط هو الذي اوقع
القائد في هذه الورطة فان العهدة ... وهذا كما قالوا في رجل امر
صبيا بان يقتل رجلا فالضمان على عاقلة الصبي ثم يرجع عاقلة الصبي
على عاقلة الآمر فكذلك ههنا وهذا اذا لم يعلم القائد بربط البعير واما اذا
علم وقاد فلا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لانه ارتفع الغرور ولان
القائد هو الذي اوقع نفسه في هذه الورطة وهذا اذا ربط في حالة
السير فان ربط البعير والقطار واقف ثم قاد صاحب القطار وهو
علم بالربط او لا لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط لانه قاد المربوط
بغير اذن الرابط دلالة فوجب الضمان على عاقلة القائد ولان الرابط تعدى
في الربط فلما قاد القائد انقطعت الجناية عن ... فزال الضمان عنه
وتعلق بالقائد كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجه آخر فعطب به انسان
فالضمان على عاقلة الثاني دون الاول وليس كذلك المسئلة الاولى لان ربط
البعير الى الابل سائرة فوجد من الرابط الاذن دلالة بقود المربوط فلذلك
وجب الرجوع على عاقلة الرابط لانه صار سببا بربطه لا يطأ المربوط بقود
القائد وقال الكرخي في مختصره واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء رجل فربط

اليه

اليه بعيرا والقائد لا يعلم فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد
يرجعون بها على عاقلة الرابط ولو كانت الابل وقوفا لا يقادها فجاء رجل فربط
البعير اليها والقائد لا يعلم فقادها وقاد البعير معها فوطئ انسانا فقتله
فالضمان على القائد على عاقلته ولا يرجعون على عاقلة الرابط لان القائد احدث
عملا وقاد البعير لم ياذن له الرابط فان كان القائد علم بالبعير في المسئلتين
جميعا انه قد ربطه الى ابله فقادها على ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله
فالدية على عاقلة القائد ولا يرجعون على الرابط الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قوله والقائد لا يعلم لا يقال ينبغي ان لا يجب الضمان على عاقلة القائد
بلا علم القائد لان الجهل يزيل الاثم لا الضمان كالنائم اذا انقلب على انسان
فقتله **قوله** وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء اي على القائد والرابط
سبيل الشركة بل يتقدم وجوب الضمان على القائد وان كان كل
واحد منهما مسببا لان الربط من القائد بمنزلة التسبيب من
المباشرة لان التلف اتصل بالقود دون الربط فكان القود كالمباشرة
حكما فتقدم في وجوب الضمان على الرابط الا ان قرار الضمان كان على
الرابط لان القائد مغرور من جهته ولهذا لا رجوع عليه اذا علم
القائد لارتفاع الغرور **قوله** هذا اذا ربط والقطار يسير اي
رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط فيما اذا كان الربط في حال سير القطار
اما اذا كان الربط في حالة الوقوف ثم قاد فلا رجوع بالضمان على عاقلة الرابط
وقد مر شانه **قوله** فان قتل ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في
فورها يضمن اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في الرجل يرسل البهيمة ويكون سائقها فتصيب في فورها قال

فهو ضامن وقال عن ابي حنيفة ايضا في رجل ارسل طائرا فاصاب في فوره ذلك قال
لا ضمان عليه وكذلك الذي يرسل كلبه ولم يكن له سائقا فاصاب في فوره لم يكن عليه
ضمان الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وعني
اراد بالبهيمة الكلب واراد بكونه سائقا ان يكون خلفه وذلك لان الكلب
يحتمل السوق كالدواب فاضيف اليه اما البازي فلا يحتمل السوق لان سائق
الطيور لا يكون الا الطائر الا انه اضيف الى المرسل في حق حل الصيد ضرورة
اباحة الاصطياد بالبازي والكلب ولا ضرورة في حق الضمان وكذلك لو
ارسل كلبا على رجل حتى عقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه
اراد به اذا كان خلفه لما مر وقيل اذا لم يكن خلفه فعقره او تعلق بانسان
ان كان غير معلم لا يضمن لان غير المعلم انما ذهب بطبع نفسه لا بالارسال
وان كان معلما فان ذهب يمينا وشمالا او مال عن الوجه الذي ارسله الى
انسان لا يضمن لانه اذا مال الى اليمين والشمال فانما ذهب بطبع نفسه فلا
يضاف الى السائق وان اصابه من الوجه الذي ساقه وارسله كان
ضامنا لانه ذهب بارسال صاحبه فكان مضافا الى المرسل كذا ذكره
فخر الدين قاضيخان وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وذكر
ابو الليث في الجامع الصغير انه اذا ارسل بهيمة يعني كلبا ولم يكن سائقا لها
فاصاب في فورها انسانا فالذي ارسلها يضمن لانه اذا ارسلها وان لم
يكن خلفها فما دام في فورها فكانه خلفها لكن نص ههنا اي محمد في الجامع الصغير
انه اذا ارسل كلبا ولم يكن سائقا فاصاب في فورها لا يضمن ونص في
الزيادات انه يضمن لكن وضع المسئلة في الصيد واشار الى ان الارسال
بمنزلة السوق وكان هذا اشارة الى القول الفقيه ابي الليث وعليه الفتوى

الى

الى هنا لفظ الصدر الشهيد وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارسل الرجل
دابة في طريق المسلمين فاصاب في وجهها ذلك فهو ضامن كما يضمن الذي يسوق
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي يريد به اذا ارسله
وضربه او زجره عند ذلك حتى صار له سائقا فاذا اصاب في فوره ذلك
اخذ به لان ارساله سوق منه فما دام يسير في سننه فذاك من اثار
سوقه فما اصاب في تلك الحالة يضاف اليه وان انعطف يمينا او شمالا فلا ضمان
عليه لان انعطافه ليس من اثار السوق بل شيء يبتدئ به بنشاطه الا
ان لا يكون طريق غير الذي اخذت فيه فيكون ضامنا لان ذاك يضاف
الى سوق السائق ايضا وان وقفت ثم سارت خرج من الضمان لان ارساله
انتهى بالوقوف ثم سيرها بعد ذلك ابتداء امر منها فلا يضاف اليه
وان ردها راد فالذي ردها ضامن لما اصابت في فورها ذلك لانه
سائق لها ولا يرجع على سائقها بما ضمن الا اذا كان بامره فحينئذ يرجع
عليه واذا خلى عنها واوقفها فسارت هي بنفسها فلا ضمان عليه لانه غير
مضاف الى فعله كذا في شرح الكافي قوله وكذا اذا وقفت ثم سارت
عطف على قوله انقطع حكم الارسال قوله بخلاف ما اذا وقفت بعد
الارسال في الاصطياد ثم سارت يعني لا ينقطع حكم الارسال حتى اذا
اخذ الكلب الصيد او اخذ الفهد بعد الوقفة يحل ذلك لان تلك
الوقفة للاحتيال من اخذ الصيد وتحقق ذلك مقصود المرسل
لان مقصوده هو السير لا الوقوف فيسقط حكم الارسال بالوقفة
فكانت الوقفتان على طرفي نقيض من تحقق مقصود المرسل وبنائه
وهذه الوقفة اي وقفة الدابة بعد الارسال لا للاصطياد

قوله وكذلك ان ارسله الى الصيد فاصاب انسانا او مالا في فوره
لا يضمنه وفي الارسال في الطريق يضمنه يريد بهذا الفرق بين الارسالين
الارسال الى الصيد والارسال في الطريق ففي الاول لا ضمان عليه وفي الثاني
يجب الضمان اذا كان على الفور لان المسبب انما يضمن اذا وجد منه التعدي
والا فلا ففي الارسال الى الصيد لم يوجد التعدي لانه امر مباح وفي
الارسال في الطريق وجد التعدي لانه شغل طريق المسلمين وقالوا لو ان رجلا له
كلب عقور كلما مر عليه شيء عضه فلاهل القرية ان يقتلوه فان عض هل يجب
الضمان على صاحبه ان لم يتقدموا اليه قبل العض لا ضمان عليه وان كانوا تقدموا
الى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل قوله ولو ارسل بهيمة
فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل ذكره تفريعا الى قوله شاة لقصاب
وقوله على فوره اي على فور الارسال والمراد منه ان لا ينعطف يمنة ويسرة كما
قال في الفتاوى الصغرى ارسل حمارة فدخل زرع انسان فافسده ان
ساقه الى الزرع ضمن وان لم يسقه بان لم يكن خلفها لكن لم ينعطف الدابة
يمنة ويسرة لا وذهب الى الوجه الذي ارسله صاحبه فاصاب الزرع ضمن
ايضا وان انعطف يمنة ويسرة لا فاصاب الزرع اذا كان له طريق اخر لم
يضمن والا يضمن وفي ديات شيخ الاسلام وفي غصب النوازل صاحب
الزرع اذا قال لرب الدابة ان كانت في زرعي فاخرجها فهو ضامن كما لو ساقها
وقال اخرجها وان اخرج وامر باخراجها فلا ضمان عليه لانه فعل ما امر
هذا اختيار الفقيه ابي الليث وكان ابو نصر يقول يضمن في الوجه الاخير
ايضا قوله لما مر اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال قوله ولو انفلتت
الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله

عليه

عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة اي تفسير العجماء التي جرحها
جبار هي المنفلتة لان الدابة اذا اتلفت شيئا على فور الارسال يجب الضمان
ولا يكون جبارا كذا في الفتاوى الصغرى دابة لرجل ذهبت ليلا او نهارا بغير
ارسال فافسدت زرع رجل لا ضمان عليه لانه لم يكن انما ذهبت دابته
بغير صنعه وقد قال الله تعالى ولا عدوان الا على الظالمين وقال الشافعي
ان كانت ذهبت ليلا ضمن وان كانت ذهبت نهارا لا يضمن وقال
الفقيه ابو الليث في شرحه وسواء كان انفلاتها في ملك صاحبها او في الطريق
او في ملك غيره لانه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز من فعلها
فلا يضمن ما تولد منه قوله من الارسال واخواته الضمير راجع الى
الارسال والمراد باخوات الارسال القود والسوق والركوب قوله
قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها اي قال في الجامع الصغير
وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في شاة القصاب وبقرة الجزار
وجزور الجزار فقئ عين واحدة منهن قال في الشاة ما نقصها وفي البقرة
ربع قيمتها وفي البعير ربع قيمته الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال
فخر الاسلام وانما وضع المسألة هكذا على هذا الوضع ليتبين ان الكل وان
كان للحم فان الجواب مع ذلك مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البعير
والبقر وقال الناطفي في كتاب الاجناس وقال ابو يوسف ذلك كله عليه
ما نقصه في جميع البهائم وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وقال الشافعي يجب النقصان لان الواجب ضمان المال دون النفس فيتقدر
بنقصان المالية كما في الشاة واصحابنا احتجوا بما روى خارجة بن زيد بن ثابت
عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ذلك وروي عن عمر انه قضى بذلك

ايضا فتركنا القياس هنا للاثار في الجزور واخذنا بالقياس في الشاة ولان
الشاة لا تعمل ولا تركب ولا يحمل عليها بل ينتفع بها بما لا يضمن بالنقصان من غير
تقدير فاما ما دونها من البهائم يركب ويحمل عليها ويعمل بها عمل بني آدم فاشبهت
الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب نصف القدر الواجب في الانسان
عملا بالشبهين فوجب الربع لشبه الانسان وسقط الربع لشبه الشاة
ولان سائر البهائم لا تعمل الا باربعة اعين عيناها وعينا الادمي الذي
يستعملها فصار كان لها اربعة اعين وفي العين الواحدة ربع القيمة قال
فخر الاسلام والمعتمد هو التعليل الاول لان العين لا تضمن بنصف القيمة بغير
لو كان يعتمد على التعليل الثاني لوجب نصف القيمة في فقء عينيها جميعا وليس
كذلك بل يجب القيمة فيهما واذا ثبت ما قلنا ثبت ان التفاوت لا يبطل
بالعين للذبح والنحر ولذلك استوى العين لذلك والله اعلم **قوله** ومن سار
على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها
او نفرت منه فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب المسائل
المذكورة من هذا الموضع الى الباب ليست بمذكورة في البداية وهي من مسائل
الاصل ذكرها هنا تفريعا وقال في الاصل واذا سار الرجل على دابة في الطريق
فنخسها رجل او ضربها فنفحت رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون
الراكب فانه بلغنا ذلك عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان
الدابة بالنخس صارت مدفوعة على ذلك فاضيف فعلها الى الناخس او نقول ثبت
الناخس لذلك على معنى انه لولا نخسه لما فعلت ذلك وهو متعد فيه ولا ضمان على
الراكب لانه لا صنع له فيه ولا اتصال قولنا في هذا الباب قبل هذا او قال الشيخ
المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة اي بالرجل والذنب عليهما لانه لا يمكن التحرز عنه

فكان

فكان ينبغي على هذا ان لا يضمن الناخس النفحة لانا نقول ذاك اذا كان
مأذونا اما اذا كان متعديا فلا فرق بينهما لتمكن التحرز منه وفيما لا يمكن
التحرز عنه بل يجب الضمان عليه للتعدي في التسبب حتى لو كان النخس باذن
الراكب وهو يسير فلا ضمان بالنفحة لعدم التعدي لا على الناخس ولا على
الراكب **قوله** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا قال في شرح الكافي ولو
نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه قتل نفسه ولو القت الراكب من ملك
النخسة فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه هو الذي حملها على ذلك
فصار كانه هو الملقي اياها قال في شرح الكافي وكذلك لو وثبت من نخسه على
رجل فقتلته او وطئت رجلا فقتلته لانه كالملقي للدابة على ذلك الرجل بطبيعته
او وثبت عليه والواقف في ملكه والذي يسير سواء لان معنى الحمل لا يختلف
فيجب الضمان على الناخس **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة
فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها وذلك لانه من جملة السوق والراكب
ملك ذلك فلما امره باذنه فقد صح نقله منه اليه فلا يضمن كما لو فعل الراكب
بنفسه **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها وذلك لان سيرها
في تلك الحالة مضاف الى الناخس والراكب جميعا فاحدث من ذلك يكون عليهما
جميعا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال في الكتاب
لانهما الان سائق وراكب والحكم في الراكب مع السائق هكذا اذا كان السوق
باذنه وقال شيخ الاسلام وهذا اشكال على بعض اصحابنا انه اذا نخس باذنه
او ساق باذنه ينبغي ان لا يؤخذ به لانه لا يسوق متعديا في حق فعل الوطء لانه
ينقل الفعل الى الراكب قلنا اذنه انما يصح من حيث انه يسوق لا من حيث انه اتلاف

فاذا اظهر له اثر في محل اخر ثبت انه متعد فيه والثاني ان الراكب صاحب علة
والسائق والناخس صاحب شرط في حق الحكم واضافة الحكم الى العلة اولى من
اضافته الى الشرط قلنا انما يمتنع ترجيح العلة على الشرط اذا كان الشرط شرط
تلك العلة اما اذا كان شرط علة اخرى والعلة في محل اخر لا يمتنع به الترجيح
الا ترى ان من جرح انسانا ثم سقط المجروح في البئر فمات بالسقوط والجرح
جميعا تجب الدية عليهما ولا تنافي احدهما صاحب علة والاخر صاحب شرط
لان الجرح علة في محل والحفر شرط علة في محل اخر وههنا كذلك فان الراكب
صاحب علة في نفس الوطء على معنى انه مستعمل لرجل الدابة في الوضع والرفع فصار
ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقة اذ رجل الدابة آلة محضة بمنزلة سائر الالات كماله
والناخس ليس بمحصل شرط تلك العلة بل هو محصل شرط السير والسير علة
الوطء فصار بمنزلة محصل علة العلة والحكم لا يمتنع اضافته الى علة العلة مع
كونه مضافا الى حقيقة العلة فلهذا اوجبنا الدية على عاقلتهما وقال شيخ الاسلام
علاء الدين في شرح الكافي انه هل يرجع الناخس والسائق على الراكب اذا فعل
ذلك باذنه ينبغي ان يرجع لانه فعل باذنه والامر صحيح ظاهرا فيرجع بوبال
فعله عليه كالمودع ونحوه وقيل لا يرجع قال صاحب الهداية وهو الاصح فيما اراه
اي فيما اظنه وذلك لانه امره بالنخس لا بالايطاء وقد يوجد النخس لانه لا يلزم من
وجود النخس وجود الايطاء لا محالة وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على
الدابة بتسيير الدابة فوطئت الدابة انسانا فقتلته يلزم الدية على العاقلة
ولا يرجعون بها على الامر لانه امر بالتسيير لا بالايطاء وهما منفصلان
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب جناية الصبي واذا
حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال له امسكها لي وليس منه يستمسك فسقط الصبي

عن الدابة فمات فالرجل ضامن لديته على عاقلته سواء كان صبيا يركب مثله
او لا يركب مثله لان الحامل سبب لقتله لانه لولا حمله لما سقط وهو
متعد اذ لم يكن يستمسك منه شرعا والمسبب كالمباشر في هذا الباب
اذا كان متعديا في اصله كحافر البئر ولو سار الصبي فاوطأ انسانا فقتله وهو يسير
على الدابة يستمسك عليها فدية القتيل على عاقلته لانه احدث السير بعينه لا بتسيير
الرجل يريد به انه مختار في تسيير الدابة وهذا شيء حدث بتسيير الدابة فهو
مضاف الى الصبي لا الى الحامل لان الحمل ليس بسبب لتسيير الدابة ولو كان سببا
فقد اعترض عليه فعل فاعل مختار فانقطع نسبة اثر السير منه ولو كان
الصبي لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة فدم القتيل هدر لان سير
الدابة لا يضاف اليه ولا الى الحامل فصار فعل الدابة فهدر دمه ولو كان
الصبي مستمسكا عليها او غير مستمسك فسارت الدابة فوقع الصبي وهو
يسير فمات فديته على عاقلة الذي حمله لان السقوط من مسببات الحمل سار
او لم يسر فينسب الى الحمل بشرط التعدي والمسائل تعلم في شرح الكافي قوله
ولد اذا اتاه وله سلاحا فقتل به اخر حتى ضمن لا يرجع على عاقلة الامر قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو امر رجل صبيا فقتل
رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي لتحقق القتل منه وهي على العاقلة لان عمده
وخطأه سواء ويرجعون به على عاقلة الامر لانهم انما وقعوا في هذا الضمان بسبب
امره ولولا امره لما باشر الصبي هذا الامر وقال في شرح الكافي واذا اعطى الرجل
الصبي عصا او سلاحا ولم يامره بشيء فعطب الصبي بذلك فضمانه على عاقلة الرجل
لانه سبب هلاكه فلولا دفعه الالة القاتلة لما عطب به والدية تجب بالسبب
المحض كما تجب بالمباشرة وان قتل الصبي نفسه بذلك او قتل به رجلا لم يضمن

الدافع شيئا لانه مختار في استعمال هذه الآلة فلا يضاف استعماله الى الدافع ولذا اثم قوله ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء على فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه قال الكرخي في مختصره ولا يكون على الناخس ضمان حتى يعلم ان الذي اصابت كان في فورها الذي نخس فيه قوله ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فما اصابت في فورها فهو على الناخس وذلك لان الانفلات اثر فعل الناخس وهو شرط التلف فما اصابت في فورها وهو متعد فيضمن ولذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره بغير اذنه يجب الضمان على الناخس لا غير فلو اصاب العائد او السائق بالعسر فلا ضمان على الكل لعدم التعدي وبه صرح في شرح الكافي قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته اي في رقبة العبد لانه كالجناية يسلم بدفعه مولاه او يفديه كما هو الاصل في جناياته ولو كان الناخس صبيا فهو كالرجل لانه يؤخذ بافعاله كالبالغ ولو نخسها شيء منصوب على الطريق فنفحت انسانا فقتله فالضمان على من نصب ذلك الشيء وذلك لانه بالنصب حصل شرط التلف لانه لولا هذا لما نفحت الدابة وهو متعد فيه فيؤخذ به قال في شرح الكافي واذا كان الرجل يسير على الدابة في الطريق وامر عبدا غيره بنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما كانه نخس بنفسه فان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه ثم يرجع بقيمته على الذي امره بالنخس وكذلك لو امره بالسوق او القود لانه لما استعمله في امره فقد صار غاصبا اياه وقد لحقه ضمان بسبب مولاه بذلك عليه لانه يلزمه ان يرد الرقبة اليه سليما وقد رده مشغولا لا ملك الولي رد امعنى فلهذا يرجع عليه بالاقل من قيمته ومما فدى ولو كان الراكب عبدا

فاشتر

فاشتر عبدا الحر بسوق دابته فاوطأت انسانا فقتلته فالدية على عاقلتهما نصفين لان التلف مضاف اليهما ولا شيء على الراكب فيما امر به اذا كان محجورا عليه حتى يعتق ولو كانا جميعا تاجرا ومكاتبا اخذ به لانهما من اهل ان يلزمهما حكم الاقوال

كما ليكون عليه قيمته لما مر لان الكافر لا يجوز الا لرابح الامر لانه لا تعتبر ذمته وفي الولي الا عن زيادة حتى يعتق

باب
جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ عن جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك واخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك قوله قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا جنى عبد على حر او على عبد جناية خطأ في نفس او فيما دونها فعل اشبهها او ملتبسا بذلك في رقبة العبد الجاني ليس في ذمة المولى منه شيء ويقال للمولى ادفعه بجنايته او افده بجميع ارش الجناية قليلا كان الارش او كثيرا بالغا ما بلغ الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي في جناية العبد يباع فيها الا ان يفديه المولى وذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي مذهب مالك كذلك وقال مالك يجب ذلك في عتق العبد يباع فيه الا ان يفتدي السيد وقال الخرقي في مختصره واذا جنى العبد فعلى سيده ان يفديه او يسلمه فان كانت الجناية اكثر من قيمة العبد لم يكن على السيد ان يفديه باكثر من قيمته وقال في اشارات الاسرار جناية العبد اذا اوجبت مالا كان موجبها الدفع والا ان يخلص بالفدا وقال الشافعي يتعلق بذمته ويباع فيه كما في ضمان الاستهلاك في الاموال والخلاف يظهر في اتباعه بعد العتاق عند الخصم وهو قول مالك والشافعي ان الاصل في ضمان الاتلاف ان يجب على المتلف وانما وجب في الاحرار

على العاقلة بخلاف القياس وهذا البشر في معناه لان العبد لا عاقلة له تجب عليه
لانه هو الجاني فيباع فيها ويستوفى الباقي بعد العتق ولنا ما روى اصحابنا في
كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس انه قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان
شاء فداه وعن عمر انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن
علي مثله ولان هذه جناية خطأ فلا تكون موجبها على العبد قياسا على
الحر وهذا لان الشرع انما اوجب في جناية الحر على العاقلة نظرا للخاطئ لتحقق
عذره اما لرؤية لكثرته تحمل الدية والزمها على العاقلة تخفيفا له لانهم اهل نصرته
وهذا المعنى موجود ههنا ايضا لان عجز العبد اظهر من عجز الحر والمولى يتحمل
عنه على ما يتحمل بطريق النصرة الا انا لم نلزم الضمان على المولى حتما لانه ربما
لا يقدر على ذلك لانه واحد كالجاني فجعلنا المولى مخيرا فان شاء دفعه
الى ولي الجاني وان شاء فداه تخفيفا للمولى لان في التخيير نوع تخفيف ثم اذا
دفعه الى ولي الجناية او طلب منه ومنعه سقطت المطالبة بجناية العبد لان
المولى انما يطالب بالجناية لاجل ملكه فاذا اسقط حقه عنه زالت المطالبة
كالوارث اذا احل بين الغرماء وبين التركة ولذا اذا فدى يسقط المطالبة
لانه لا حق لولي الجناية الا في الارش فاذا استوفاه سقط حقه وقد اختلف
مشايخنا في الموجب الاصلي قال بعضهم الواجب الاصلي هو الفدا
واختاره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان الاصل هو
ضمان المتلف ولكن الدفع مخلص عنه وقال بعضهم انه الدفع واليه مال صاحب
الهداية وصاحب الاشارات بدليل ان المطالبة تسقط عن المولى اذا مات
العبد قبل اختيار المولى الفدا ولو لم يكن الواجب الاصلي هو الدفع لم يسقط
المطالبة قوله كما في الدين يعني يجب ضمان جناية العبد في النفس في ذمته كما يجب

الدين

الدين في ذمته وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني ان جناية العبد خطأ تجب
في ذمته كما في الذمي اذا جنى يجب في ذمته لا على عاقلته لان الاصل في الجناية ان تجب
على المتلف وهذه النسخة اصح النسختين لان المصنف استعمل الجواب هكذا
حيث قال بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم اي لا يتناصرون فلا عاقلة له
اذ لان العقل بالنصرة قوله والايجاب اي لا صوابه قوله الا
انه يخير بين الدفع والفدا لانه واحد وهو استثناء من قوله والمولى عاقلته
لان المولى يستنصره بيانه ان ضمان جناية الحر انما وجب على العاقلة
تخفيفا على الجاني لانه خاطئ لا عامد وههنا في جناية العبد خير المولى
بين دفعه وبين الفدا تخفيفا ايضا لان في التخيير نوع تخفيف ايضا لان
في تعيين احد الامرين تضييقا لا محالة وطريق التخفيف في التخيير للمولى لان المولى
واحد اخلاف التخفيف في العاقلة لان ذلك بتقسيم الدية عليهم لكثرتهم
قوله كما في مال الزكاة يعني ان العبد الجاني اذا هلك قبل اختيار
المولى الفدا اسقط موجب جنايته كما لو هلك اذا هلك بعد الحول لان
الحول يسقط الواجب وان كان صاحب المال ولانه اداء الزكاة من
مال آخر لان محل الوجوب فات قوله بخلاف موت الجاني الحر يعني اذا موت
العبد الجاني يسقط الموجب لان الواجب يتعلق به استيفاء حتى يدفع
في الجناية بخلاف موت الجاني الحر حيث لا يسقط موجب جنايته عن
العاقلة لان الواجب لم يتعلق بذمة الجاني استيفاء وصار موته كموت عبد
الخدمة في صدقة الفطر بعد طلوع الفجر يوم الفطر حيث لا يسقط اداؤه
الفطر عن المولى قوله قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه
بارشها اي قال القدوري في مختصره يعني كان يقال المولى العبد في جنايته خطأ

ادفعه او افده فان دفعه الى ولي الجناية ملكه وسقطت المطالبة عن المولى
وان فداه فداه بارش الجناية فلهذا كان الارش اولا وسقطت المطالبة
ايضا وقد مر قبل هذا فايهما اختار المولى من الدفع او الفدا لزمه حالا اما
اذا اختار الدفع فظاهر لان التاجيل في الاعيان باطل لان التاجيل
انما شرع للتحصيل توفيها وتحصيل الحاصل محال واما اذا اختار الفدا
فكذلك لان الفدا بدل عن العبد في الشرع فكان قائما مقامه الا ترى انه سمى
فدا وهو ما يستنقذ به الشيء ويقوم مقامه فاذا كان الفدا قائما
مقام العبد اخذ حكمه فلم يصح التاجيل في الفدا كما لم يصح في الدفع غاية
ما في الباب ان الفدا تقدر بالارش فلهذا كان دينا لكن هذا لا يمنع ان
يكون بدلا عن العبد قائما مقامه **قوله** وعند اختيار الواجب عين اي وعند
اختيار المولى الدفع او الفدا الواجب عين وهو العبد فلا جرم وجب الدفع حالا
قوله وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية يعني اذا اختار المولى الدفع
او الفدا اسقط المطالبة عن المولى بعد ذلك وقد مر بيانه قبل هذا **قوله**
فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه ذكره تفريعا على مسألة
المختصر وقد ذكره الكرخي في مختصره يعني اذا مات العبد لم يكن لولي الجناية على
المولى شيء من ارش جنايته وذلك لان الحق كان يتعلق بالمولى مع الرقبة فاذا هلك
سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولانها جناية من
العبد فيسقط بموت العبد كما في العبد **قوله** على ما بينا اشارة الى قوله
الواجب الاصلي الدفع **قوله** وان مات بعدما اختار الفدا لم يبرأ ذكره تفريعا
ايضا لان الكرخي في مختصره فان مات العبد بعدما اختار المولى الفدا كان الفدا
عليه لا يبرأ عنه لموت العبد وذلك لان الاختيار ينقل الحق من الرقبة الى

ذمة

ذمة المولى فاذا مات العبد لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه
قوله قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى اي قال القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية معناه بعد الفدا يعني اذا فدى المولى عبده من جنايته
فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية خطأ كان حكمها حكم الاولى حتى يخاطب المولى
بالدفع او الفدا ثانيا وذلك لانه لما فداه عن الاولى تفرغت رقبته عن الجناية
فصار كانه لم يجن الا هذه الجناية فكان الحكم فيها الدفع او الفدا وانما فسر
صاحب الهداية بقوله معناه بعد الفدا لانه اذا جنى ثانيا قبل الفدا
كانت هي مثل المسألة التي تليها **قوله** لما ظهر بالطا المهملة **قوله**
قال ولو جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه
على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما اي قال القدوري في مختصره
قال الكرخي في مختصره فان جنى العبد على جماعة فان المولى بالخيار ان شاء
دفع العبد الى جماعتهم وكان مقسوما على قدر ما لكل واحد منهم من
ارش الجناية وان شاء امسكه وغرم ارش الجنايات كلها وذلك لان تعلق الجناية
برقبته لا يمنع تعلق مثلها كما لا يمنع الاول من الدين وكما لا يمنع حق المولى من حق
ولي الجناية واذا تعلق حق الجماعة بالرقبة كان على المولى ان يدفع اليهم مقسوما
الرقبة على قدر حقوقهم او يفدي بجميع اروشهم وللمولى ان يخالف في هذا
من الاختيار فيفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه
من العبد لان كل واحد منهم لا يتعلق حقه بحق صاحبه فجاز ان يختار في حق احدهم
غير ما يختار في حق الاخر كما لو انفرد كل واحد منهم وليس هذا كما اذا قتل رجلا
خطأ وله وليان فاختار المولى الفدا من احدهما والدفع الى الاخر ان ذلك لا يجوز
لانها جناية واحدة فخير فيها من الدفع او الفدا فلم يملك

تتبعض موجبها وفي مسئلتنا هي جنايات مختلفة واذا اختلف جنايات فهلم
يتبعض موجب الجناية واما نفس القسمة فعلى ما بينا انه يدفع اليهم بقدر حصصهم
بيانه فيما اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين اخر ثم اجتمعا واختار المولى الدفع فانه
يدفع العبد اليهما اثلاثا لان ولي المقتول يستحقه في الدية وهي عشرة الاف
وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح فيضرب
بجميع حقه فيقسمان اثلاثا ولو كان شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر
منقلة ثم اختار المولى الدفع دفع الى صاحب الموضحة سدس العبد والى صاحب
الهاشمة ثلثه والى صاحب المنقلة نصفه لان لصاحب الموضحة خمسمائة ولصاحب
الهاشمة الف ولصاحب المنقلة الفا وخمسمائة فاقسموا الرقبة على ذلك
كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** على قدر ارش جنايتهما بيانه انفا **قوله**
لما ذكرنا اشارة الى قوله لان تعلق الاول برقبته لا يمنع تعلق الثاني به اي بالرقبة
علينا وقبل العتق والمذكور فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة حيث لم
يمنع تعلق الاول تعلق الثاني وبين الرهن حيث يكون المرتهن مقدما على
سائر اصحاب الديون ويمنع تعلق حقه به تعلق حقهم به قلنا لان الرهن ايفاء حكمي
والارتهان استيفاء حكمي فلو وجد الايفاء والاستيفاء حقيقة لم يبق للدائن
الاخر ولا لصاحب الدين المتلاحق سبيل فكذا في الايفاء والاستيفاء
حكما بخلاف ما نحن فيه لان حق الاول له مجرد تعلق ليس فيه معنى الايفاء
والاستيفاء لا حقيقة ولا حكما فظهر الفرق **قوله** والحق يجب للمقتول
اولا ثم للوارث خلافة عنه هذا جواب سؤال مقدر بان يقال الجناية وان
كانت متحدة بالنظر الى المقتول مختلفة بالنظر الى المستحقين فينبغي ان
يكون للمولى ولاية الفداء من احدهما والدفع من الاخر كما في الجنايات المختلفة فاجاب

عنه

عنه بهذا المعنى ان الاصل في ثبوت الحق واستحقاقه هو المقتول ثم
الحق له اولا ثم يخلفه الوارث فكانت الجناية متحدة فلم يملك تبعيض موجبها
قوله فلا بد من التعدد في موجبها اي في موجب الجنايات المختلفة وهذا
مرتبط بقوله وهي الجنايات المختلفة **قوله** قال وان اعتقه المولى وهو
لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش اورده القدوري في مختصره ليضمن المولى الاقل من قيمة العبد
الجاني ومن ارش جنايته لانها كان اقل من الاخر يلزمه ذلك وان كان اعتقه
بعد العلم بالجناية يكون مختارا للفداء فيلزمه الارش قليلا كان او كثيرا
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله واذا قتل عبد قتيلا خطأ فاخرجه
المولى من ملكه ببيع او عتق او اعتقه او دبره او كاتبه او امة فاستولدها
او اقر به لرجل وهو يعلم بالجناية فهو مختار وعليه الدية وان كان لا يعلم
فعليه قيمته عبدا وكذلك جناياته ان كانت فيما دون النفس فعل شيئا
من هذا وهو يعلم فعليه ارش الجناية وان كان لا يعلم فعليه الاقل من
قيمته ومن ارش الجناية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المولى
مخير في جناية العبد بين الدفع والفداء ومن خير بين امرين ففعل
ما يدل على اختيار احدهما تعين عليه الاخر ومعلوم انه اذا باعه او
وهبه مع العلم فقد تعذر عليه دفعه فصار بذلك مختارا للفداء
دلالة وكذلك اذا اعتقه لان الاختيار قد يكون صريحا وقد يكون دلالة
وقد يكون ضرورة والاعتاق اختيار دلالة او ضرورة لانه لما اعتق
مع علمه بالجناية فقد اختار امساكه لنفسه فصار اختيارا للوجه الاخر
دلالة او لانه فوت محل الدفع اختيارا فتعين الوجه الاخر عليه ضرورة

ولذلك ان دبره او كاتبه او باعه لانه صار ممتنع الدفع في هذه الوجوه قال
الحاكم في الكافي ولو كانت امة فجامعها او زوجها او اجرها او رهنها او اخدمها
لم يكن مختارا وذلك لانه لم يصر ممتنع الدفع وذكر الطحاوي في مختصره انه يكون مختارا
اذا اجر او رهن مع العلم وذلك لانه لا يمكنه الدفع في الحال فاشبه البيع اما
اذا فعل ما يكون به مختارا وهو لا يعلم بالجناية لا يكون مختارا بل عليه الاقل
من قيمة العبد ومن الارش لان الاختيار لا يصح بلا علم لانه محال وهذا لانه لما
منع التسليم بفعله مع تعلق حق ولي الجناية لزمه الاقل لان الارش ان كان
اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر فالمولى لم يتلف
الا رقبة العبد فلزمه قيمتها فاما اذا اقر بالعبد الجاني لغيره مع العلم بالجناية
قال القدوري في شرحه ذكر في الاصل انه لا يكون مختارا وفي غير الاصول
انه يكون مختارا وهو الذي ذكره ابو الحسن الكرخي وجه ما في الاصل ان الاقرار
لا يوجب سقوط حق ولي الجناية وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر على
ما قال المقر فكان كان البينة قامت بالملك وجه الرواية الاخرى ان العبد
على ملكه في الظاهر فاذا اقر به استحقه المقر له باقراره فصار كما لو باعه او وهبه
وقال القدوري رحمه الله في شرحه قالوا العبد اذا جنى فقال الذي في يده
هذا عبد فلان اودعنيه عندي بان اقام البينة على ذلك دفع الخصومة عن
نفسه لانا تبينا ان العبد وصل اليه من جهة غيره وان العبد امانة تتعلق بنفسه
في الحفظ دون احكام الجناية فلم يلزمه حكمها فان لم يقم له بينة قيل له ادفع
او افده لان حكم الجناية يتعلق به فاذا احاله على غيره لم يقبل بغير بينة فان
اختار الفدا ثم حضر الغائب وصدقه فهو متطوع في الفدا لانه فدى ملك
غيره بغير امره وقد كان يمكنه ان يتخلص من الفدا بالدفع فاذا اختار كان

متبرعا وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له ان شئت
فانقض الدفع لان التصديق استند الى الاقرار الاول فصار مالكا للعبد
من ذلك الوقت وقد دفعه من ليس بمالك فان شاء اجاز دفعه وان شاء
فسخ وفدى وقال القدوري رحمه الله قالوا ايضا في رجل في يده عبد اقر به لرجل وادعى عليه
جناية فهو على ثلاثة اوجه ان صدقه المقر له في الملك والجناية قيل للمقر له
ادفع او افده لا غير لانهما تصادقا على الملك وعلى الجناية فكان ذلك كانه
معلوما ولا يكون الذي في يده العبد باقراره بعد الجناية مختارا لان
الاقرار لا ينقل الملك وانما هو اخبار عن ملك سابق وقال زفر يكون مختارا
لان الملك له في الظاهر وقد اشتغل بالاقرار بعد الجناية فاما ان صدقه
المقر له في الملك وكذبه في الجناية فلا شيء على واحد منهما لان الذي في يده العبد
اقر بجناية على ملك غيره والمالك لم يعتبر في عبده شيئا الا ان يكون الذي في يده
كان قد ادعى هذا العبد لنفسه فيكون مختارا لانه في حكم من نقل الملك
باختياره واما ان كذبه المقر له في الملك والجناية فيقال له ادفعه
او افده لان الاقرار بطل بالتكذيب وكانه لم يكن كذا في شرح مختصر
الكرخي قوله لكن في الاول اي فيما اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية
قوله وفي الثاني اي فيما اذا اعتقه بعد العلم بالجناية قوله
وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد يعني اذا
وجد احد هذه الاشياء من المولى بعد العلم بالجناية يكون مختارا للفدا
واذا وجد قبل العلم بالجناية لا يكون مختارا للفدا ويلزمه الاقل
من قيمة الجاني ومن ارش الجناية قوله والحقه الكرخي بالبيع اي الحق الاقرار
مر بيانه قوله واطلاق الجواب في الكتاب يشمل النفس وما دونه

اى اطلاق جواب مختصر القدوري يشمل النفس وما دونها لان الجناية اعم من ان تكون
واقعة على النفس او على ما دونها فيكون مختارا للفدا اذا فعل شيئا من هذه الاشيا
بعد العلم بالجناية سوا كانت الجناية على النفس او ما دونها وان فعل قبل العلم
يلزمه الاقل من قيمة الجاني او الارش **قوله** ولان المعنى لا يختلف اى لا يختلف
المعنى الذي يكون به مختارا للفدا او لا يكون مختارا في النفس وما دونها لانه
لا يصح الاختيار بدون العلم فاذا علم وفعل بعد ذلك الاعتاق ونحوه كان
مختارا وان فعل ولم يعلم لم يكن مختارا ويلزمه الاقل لانه لا حق له في الجناية
فيما زاد على الارش اذا كان الارش اقل واذا كان قيمة الجاني اقل يلزم المولى
ذلك لانه لم يفوت بفعله غير ذلك **قوله** واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط
الخيار للمشتري هذا على مذهبهما ظاهر لان خيار المشتري ليس بمانع ملك
المشتري عندهما وكذا عند ابي حنيفة ايضا لانه يزيل ملك البائع وان لم يملك
المشتري واذا باع مع العلم بالجناية والخيار للمشتري فقد فوت محل الدفع
فكان مختارا للفدا بخلاف ما اذا باع والخيار له لا للمشتري حيث لا يكون
مختارا للفدا لانه ما فوت محل الدفع ولم يوجد دليل اختيار الفدا وكذا اذا
عرضه على البيع بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفدا لانه لا يزول الملك بمجرد
العرض فبقي الدفع ممكنا كما كان وقال القدوري في شرحه وقال زفر العرض اختيار
لانه يدل على تبقية الملك ولو باع بيعا فاسدا لا يكون مختارا للفدا بالعلم
زوال الملك الا اذا سلمه الى المشتري فحينئذ يكون مختارا لزوال الملك
بالتسليم واذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بان كاتبه على خمر او
خنزير كان مختارا للفدا لانه يوجب عقد الكتابة وهو خروج العبد من يد
المولى لا من ملكه حتى يتبين بعض البدل فكان مختارا بنفس العقد **قوله** ولو باعه

مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه قال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي فلو ان عبدا قطع يد رجل فوهبه مولاه له فلا شي على المولى وان باعه
من المجني عليه كان مختارا وانما كان كذلك لانه لو لم يهبه امكنه التخلص من الجناية بتسليمه
فلو ضمنه لضمنه لانه وهبه والهبة لا توجب الضمان فاما البيع فيجوز ان
يوجب الضمان على البائع فصار كما لو باعه من اجنبي ولان الهبة تقع موقع الدفع
المستحق لانه يملكه بغير عوض والبيع لا يقع موقعه لانه يملكه بعوض
قال ولو امر المولى المجني عليه بعتقه فاعتقه صار المولى مختارا اذا
كان عالما بالجناية لان المجني قام مقامه في العتق فكانه اعتقه بنفسه
قوله فيما ذكرنا اي في العلم بالجناية وعدمه **قوله** ولو ضربه فنقصه
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في مختصره
ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية فهو مختار وان
كان لا يعلم فان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضى ولي الدم
ان ياخذه وبه ذلك النقص بغير ضمان يلزمه لذلك النقصان الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وهذه المسألة اطلق
جوابها في الاصل فقال يكون مختارا والمروي عن ابي يوسف انه قال
هذا التفصيل فحمل ابو الحسن ما اطلقه في الاصل على تفصيل ابي يوسف
الدليل على انه يكون مختارا انه حبس جزءا من العبد بفعله ومنع من
تسليمه فصار كان باع بعضه دون بعض فيكون مختارا للجميع والذي
قال ابو يوسف يجوز ان يكون قولهم لان المنع من الدفع مع النقص انما يثبت
لحق ولي الجناية فاذا رضي به فكانه نقص بافة من السما وقال الكرخي في
مختصره ولو ضربه المولى خطا فابيضت عينه وهو يعلم بالجناية فهو مختار

فان ذهب البياض قبل ان يخاصم فانه يدفع او يفدي وليس هذا باختيار وذلك
لان بياض العين يمنع من الدفع للنقص الحاصل وذلك النقص بعرض الزوال
يزول فاذا زال صار كان لم يكن وقال الكرخي ايضا ولو خوصم في حال البياض فضمنه
القاضي الدية وقد كان من الضرب من المولى وهو يعلم بالجناية ثم ذهب البياض فالقضا
نافذ لا يرد لان تعذر الدفع كان ثابتا فلما حكم الحاكم بالدية جرى المراعاة سقط
الاخر **قوله** ولد اذا كانت بكرا فوطيها وان لم يكن معلقا ذكره على سبيل
التعريض ايضا اي يكون مختارا للفدا بوطء البكر وان لم يكن الوطء معلقا لانه
اتلف جزءا منها بطريق المشاهدة **قوله** كما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس
جزءا منه **قوله** بخلاف التزويج اي لا يكون مختارا للفدا بالتزويج لانه ليس
بنقص حقيقة وحسا وانما هو عيب حكمي **قوله** وبخلاف وطي الثيب
على ظاهر الرواية اي لا يكون مختارا للفدا بالتزويج وطئه وهذا هو ظاهر الرواية
قال القدوري في شرحه ومن اصحابنا من روى عن ابي يوسف ان الوطء اختيار في
الثيب وجه ظاهر المشهور انه استوفى منفعة على ملكه بحيث لا يوجب
نقصانا في العين فلا يمنع الدفع كالاستخدام وليس هذا الوطء البكر لانه اتلاف
لجزء منها من طريق المشاهدة ولابي يوسف ان الوطء اجرى مجرى
اتلاف جزء الا ترى انه اذا حصل في ملك الغير لم يخل من معنى حد اما
عقر او حد واما اذا علقت فقد تعذر الدفع منها بالاستيلاد وصار مختارا
قوله وبخلاف الاستخدام اي لا يكون مختارا للفدا ايضا قال الكرخي في مختصره
فان استخدمه بعد العلم بالجناية فعطب بالخدمة فلا ضمان عليه ولا يكون
هذا اختيارا وذلك لان الخدمة لا تختص بالملك فلا تدل على اختيار الملك
ولهذا قالوا في العبد المشترى وفيه الخيار اذا استخدمه المشتري ان خياره

بان

بان وكذلك لا يدل على الاختيار في مسئلتنا ولا يضمن المولى بعطبه في الخدمة
لانه ليس بمتعد في استخدامه الا ترى ان منافعه على ملك المولى لكونه من الخدمة
كونه باقيا بسماونه ولذلك لو كان عليه دين فاستخدمه لم يضمن للغرما لان ابنا ان
المنافع على ملكه فاستخدامه ليس بتعد فيه **قوله** ولا يصير مختارا بالاجارة
والرهن في الاظهر قال الكرخي في مختصره فان اجره فان الحاكم ينقض الاجارة ويقول
له ادفع او افد وقال الكرخي ايضا ولو كان رهنه وهو يعلم ثم افتكه ثم خوصم
في الجناية فانه يقال له ادفعه او افده والعلم في الرهن وغير العلم سواء الا يمكنه
ان يفكه فلا يكون الرهن اختيارا الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه
وقد اختلف جواب هذه المسئلة في كتاب الديات لمحمد فقال في بعض النسخ
ان الاجارة والرهن ليسا باختيار ولكن القاضي يفسخهما ويخيره ووجه ذلك
ان الاجارة تفسخ بالعذر وتعلق حق الجناية بالرقبة عذر في الفسخ فلم
يتم العقد فلا يصير به مختارا وكذلك الرهن يزول عنه يد المرتهن بغير
اختياره اذا قضاه الراهن الدين فصار كالوديعة وقال في بعض النسخ انه
يكون اختيارا ووجهه ان الاجارة والرهن يتعلق بها استحقاق البدل على
المولى فصار كالبيع **قوله** وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين اي لا يصير
مختارا للفدا قال الكرخي في مختصره وان اذن له في التجارة فاستدان
دينا فان الحاكم يخيره ان شاء فداه وان شاء دفعه بالجناية وان اراد
دفعه فليس له ذلك الا ان يرضى المجني عليه ان يقبله ويبيعه في الدين بعده
وانما لم يصر بالاذن له في التجارة مختارا لان الاذن لا يزيل ملكه ولا يمنع دفعه
وصار كاستخدامه فان لحقه دين فقد نقصت الرقبة بسبب من جهة
المولى فللولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا بالدين ويلزم المولى القيمة لانه لما

بطل الدفع من غير اختيار وجبت القيمة قال الحاكم الشهيد في باب جناية المأذون
في كتاب المأذون الكبير من مختصر الكافي وإذا جنى عبد الرجل فأذن له مولاه في التجارة
وهو يعلم بالجناية أو لا يعلم فباع واشترى ولحقه دين لم يصر المولى مختارا للفداء
وذلك لأنه لم يفعل فعلا يمتنع به الدفع بل يقال له ادفعه أو افده لقيامه على ملكه
فإن دفعه بالجناية اتبعه الغرماء فيبيع لهم إلا أن يفديه صاحب الجناية بالدين
فإن فداه صاحب الجناية بالدين أو بيع في الدين رجع صاحب الجناية على المولى
بقيمة العبد لأنه سلمه له لأن حقه كان متعلقا برقبته فارغة وإنما جاء الشغل
بفعل المولى وصار الدفع عند ذلك من حيث الصورة لا المعنى وكان الواجب
على المولى الدفع من كل وجه صورة ومعنى وقد امتنع الدفع معنى مضافا إلى فعله
وهو الإذن السابق فيضمن قيمته كذا في شرح الكافي **قوله** قال ومن قال لعبده
إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء إن فعل ذلك
أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل يقول لعبده إن قتلت فلانا فأنت حر أو رميته فأنت حر أو شججته
أو جرحته فأنت حر ففعل ذلك فإنه منه عتق والمولى مختار للدية إلا فيما
يجب فيه القصاص يعني لا يجب القصاص على المولى بل يجب ذلك على العبد
إذا فعل ما يوجب القصاص وإنما تجب الدية على المولى إذا فعل العبد شيئا
يوجب الدية وهذا عندنا وقال زفر لا يكون المولى مختارا للفداء وعليه قيمة
العبد لذي الجناية وعن قصة قول زفر أن العتق من المولى وجد منه بكلام
صدر قبل الجناية وبعد الجناية لم يوجد منه فعل فلا يكون مختارا للفداء
والدليل على أنه لم يوجد منه فعل بعد الجناية أنه لو علق الطلاق أو العتاق
بشرط ثم إنه حلف أن لا يطلق أو لا يعتق فوجد الشرط بعد ذلك فوقع

الطلاق

الطلاق المعلق أو العتاق المعلق لا يحنث في يمينه فلو كان الفعل موجودا
منه بعد الحلف لحنث فكذا فيما نحن فيه لم يوجد منه فعل بعد الجناية ولكنه
مستهلك للرقبة على أولياء الجناية فيجب عليه قيمة العبد كرجل حفر بئرا
على قارعة الطريق وله عبد فقتل هذا العبد رجلا خطأ ثم وقع العبد في البئر
فمات فإن المولى لا يصير مختارا للدية ولكنه يكون مستهلكا للرقبة فيجب عليه
قيمة العبد فكذا ههنا ولنا أن الكلام صار إعتاقا بعد الجناية لأن المعلق
بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأن العبد قتل رجلا خطأ
ورآه المولى فأعتقه بعد ذلك يكون مختارا للفداء فكذا ههنا ألا ترى أن
رجلا لو قال لامرأته إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض ومات من ذلك
المرض ورثت المرأة لأنه لما أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه
ولذا لو قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يكون ابتداء الإيلاء
من وقت الدخول فكذا ههنا يصير كأنه أعتقه بعد الجناية وهو يعلم بذلك
ولأن المولى حرض عبده على مباشرة الشرط وهو القتل بتعليق العتق بذلك
الشرط والعتق الذي يحصل بوجود الشرط من أقوى الدواعي إلى وجود الشرط
لأن العتق محبوب مرغوب فيه فصار العتق المعلق بالشرط كالمنشأ من
المولى بعد وجود الشرط لأن الظاهر أن العبد يفعل الشرط طلبا للحرية
فيقع العتق فكان مختارا للفداء لأن اختيار الفعل اختيار لموجبه فلزمه
الفداء ضرورة والجواب عما ذكره زفر أولا فنقول إن غرض الحالف من
يمينه ذلك المنع وهو لا يقدر على الامتناع عما علقه قبل الحلف فلم
يكن ذلك داخلا تحت يمينه ولم يكن ذلك مرادا بيمينه بل كان المراد منها
ما يمكن الامتناع منه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا والجواب

عن المسئلة الثانية انه انما صار مشلقا للعبد بالحصر والحضور فعل حقيقي
لا يمكن جعله موجودا بعد الجناية فيكون ممتنعا عن الدفع بفعل وجد منه قبل
الجناية فلا يصير مختارا للفداء او يلزمه قيمة العبد لا بلافه **قوله** على مباشرة
الشرط وهو القتل والرمي او الشج **قوله** اقوى الدواعي ارادة الحرية **قوله**
الداعي الى الشرط والى تحصيله الدواعي **قوله** قال وان قطع العبد يد رجل
عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح
بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في عبد قطع يد رجل عمدا فدفع العبد اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات
المقطوعة يده من ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد العبد
على مولاه ويقال للاولياء اما ان تقتلوه واما ان تعفوا الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وهذه من الخواص وهي النسخة المعروفة وقال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب اي كتاب الجامع الصغير
هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وقال في رجل قطع يد رجل عمدا فصالح
القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات
من ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء
اما ان تقتلوا واما ان تعفوا فاتفق الجواب واختلف السؤال يعني
اتفق جواب النسختين حيث كان العبد صلحا بالجناية اذا كان اعتقه واذا لم
يعتقه كان اولياء القتيل على خيرة بين العفو والقتل ولكن اختلف السؤال
اي وضع المسئلة لان في النسخة المعروفة الجاني عبد قد دفع في قطع اليد بدون
لفظ الصلح وفي النسخة الثانية الجاني حر ودفع عبده بدلا عن الصلح في قطع

اليد

اليد قال فخر الاسلام البزدوي والاول صحة على ابي حنيفة في الاختلاف
الذي بيننا يعني اذا قطع الرجل يد رجل عمدا فقال المقطوعة يده عفوت عن القطع
ثم مات منها قال ابو حنيفة على القاطع الدية في ماله وقال ابو يوسف ومحمد العفو
عن القطع عفو عن القطع وعن النفس كما اذا عفا عن الجناية او عفا عن القطع وما
يحدث منه فلما لم يكن العفو عن القطع عفوا عن الجناية على النفس على اصله
كان ينبغي ان لا يقع العبد المدفوع صلحا عن الجناية على النفس اذا مات المجني عليه
فقال فخر الاسلام وذكر بعض مشايخنا في الجواب ان المسئلة موضوعة في
الجناية وانما اخذ ذلك من قوله العبد صلح بالجناية قال وهذا التاويل
باطل لانه لو كان كذلك لصح الصلح اعتقه او لم يعتقه ولما انتقل وجعل
للاولياء حق القصاص فبطل هذا التاويل ثم قال فخر الاسلام وقال بعضهم
ان هذا صلح فاسد عند ابي حنيفة فاوجب الملك وصح اعتاقه قال وهذا ليس
بشيء لان هذا الصلح باطل اصلا عند ابي حنيفة والباطل لا يورث شبهة
لان يكون فاسدا ولو كان هذا على هذا الوجه لوجبت على المعتق قيمة
الذي اعتقه ردا للفاسد ووجبت على الاخر الدية واذا لم يعتقه رد
العبد ولا يجب القصاص لان الفاسد لا بد ان يصير شبهة قال وانما
الجواب الصحيح ان الدفع في المسئلة المعروفة باطل عند ابي حنيفة لانه
دفع بالقطع الذي كان موجبه المال فلما سرى صار موجبه القصاص فبطل
الدفع فيه حكما لان الدفع وقع عن غير حقه فبطل الدفع والباطل لا يورث
الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بالحرمة حيث يجب الحد
فلذا ههنا لما لم يورث الشبهة وجب القصاص هذا اذا لم يعتقه قال فخر الدين
قاضي خان وهذا بخلاف ما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس حيث لا يجب

القصاص لان العفو ابطل حكم الجناية وصار شبهة في درء القصاص فاما الدفع
في الجناية فلا يبطل الجناية بل يتقرر موجب الجناية ويعتبر موجب الجناية لا
يكون ابطالا لها اما اذا اعتقه فمات فقال فخر الاسلام اذا اعتقه مع
علمه انه اذا سرى يبطل الدفع فيبطل اعتاقه كان ذلك منه دلالة على ابتدا
الصلح على رقبة العبد عما يحدث تحقيقا لما قصده يعني لو لم يجعل اقدامه على
الاعتاق صلحا مبتدا على رقبة العبد عما يحدث من القطع لم يصح اعتاقه فكان
ذلك صلحا من المجني عليه لان الاعتاق مما لا ينفسخ وكذا المولى راض بالصلح ايضا ظاهرا
لانه لما رضي بالعبد ان يكون جزاء عن القليل فعن الكثير اولى يعني لما رضي ان
يكون عبده جزاء عن قطع اليد كان ارضى بان يكون جزاء عن النفس فجعل
الاعتاق دلالة على الصلح من المجني عليه والمولى جميعا فاذا عدم الاعتاق
فقد عدمت هذه الدلالة قال ولذلك في المسئلة الثانية ان اعتقه كان
ذلك دلالة على انشاء الصلح بعد الشبهة في حق وجوب القصاص ان العقد
الثاني اذا لم يتجدد وبطل الاول لم لا يصير الاول شبهة فان قال والجواب
عنه اما في المسئلة المعروفة فالجواب سهل لان الدفع ليس بتصرف مبتدا
بل هو تسليم للواجب فاذا ابطل الواجب بطل التسليم اصلا فلا يبقى ما يصلح
شبهة في وجوب القود واما في المسئلة الاخرى وهي مسئلة الصلح على
رقبة العبد عن جناية مولاه فانه مشكل الحكم بالقصاص فيها ومشايخنا
لا يعرف لهذا وانا لا ان يحمل جواب الكتاب على القياس انه يجب القصاص
وفي الاستحسان يجب الدية كما ذكر في هذا الكتاب وغيره كذا قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير **قوله** لانه لا صحة له بدون ان يجعل صلحا عن الجناية
وما يحدث منها اي لا صحة للاعتاق بدون ان يجعل اقدام المجني عليه على الاعتاق

صلحا

صلحا عن الجناية وما يحدث منها اي لا صحة للاعتاق فكان اقدامه عليه صلحا
مبتدا **قوله** وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع وقد ذكرنا تلك النسخة
تمامها قبل هذا **قوله** وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم
سرى الى النفس ومات اي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وفي النسخة
الاخرى جميعا يرد اشكالا في تلك المسئلة اعني فيما عفا المقطوعة يده عن
اليد ثم سرى القطع الى النفس فمات حيث لا يجب القصاص ثمه بل يجب الدية لكون
العفو عن اليد شبهة وفي مسئلتنا هنا يجب القصاص اذا لم يعتقه المدفوع
اليه وسرى القطع الى النفس ولم يجعل دفع العبد في قطع اليد شبهة وهذا هو
البيان وقال بعضهم اراد بهذا الوضع الثاني يعني النسخة التي هي غير النسخة
المعروفة من نسخ الجامع الصغير وذلك بعيد عن التحقيق **قوله** قيل ما
ذكر هنا جواب القياس يعني يجب القصاص اذا لم يعتقه فيستوي هذه
المسئلة على النسختين جميعا فان محمدا اوجب القصاص قياسا وفي
الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو عن اليد وسرايته الى
النفس بعد ذلك تجب الدية استحسانا فوضع جواب المسئلة ثمه استحسانا
وفي القياس يجب القصاص ثمه ايضا فكان الوضع في هذه المسئلة والوضع
في تلك المسئلة على القياس والاستحسان فيرد القياس والاستحسان
في المسئلتين جميعا فاندفع الاشكال **قوله** وقيل بينهما فرق اي بين هذه
المسئلة وبين مسئلة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب
القصاص ثمه بل وجبت الدية ووجه الفرق ان في تلك المسئلة صح العفو
عن اليد ظاهرا لان الحق له فلما سرى تبين ان العفو كان عن غير حقه
فبطل العفو حكما ولانه كان عفوا واقعا حقيقة فكان ذلك شبهة

في منع القصاص وهنا فيما نحن فيه الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها فوجب القصاص
وهنا معنى قوله فاذ لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة وهي القصاص قوله
اذا لم يعتبر فالصحيح ما ذكرناه وذلك ان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده
تصحيح الصلح بان يكون العبد صلحا بالجناية وقد مر تقريره ذلك قبل هذا
قوله قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى
ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
اذن لعبده في التجارة فادان الفا وقيمته الف ثم جنى جناية فاعتقه المولى
ولا يعلم ما عليه فعليه قيمتان قيمة لولي الجناية وقيمة للغرماء الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذلك لانه اتلف حقين لانه اتلف بالاعتاق حق البيع على الغرماء
وحق الدفع على صاحب الجناية وحق الغرماء في الثمن وحق ولي الجناية في الرقبة
فكانت جنايتين مختلفتين ومراعاة الحقين كانت ممكنة في الرقبة بان يدفع
الى ولي الجناية اولا ثم تباع في الدين واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو كان
اجنبي هو الذي قتل العبد لم يجب عليه الا قيمة واحدة فلم يجب هنا
قيمتان قيل له لان الاجنبي لم يكن مأخوذا بالدفع ولا بقضاء الدين فلا
يجب عليه اكثر من القيمة واما المولى فكان مطالبا بذلك الا ترى انه لو قتله
وهو يعلم بذلك وجبت عليه الجناية الدية ولو كان القتل من قبل الاجنبي
لا يجب عليه الا قيمة واحدة قوله ولم يعلم بالجناية وانما قيد بعدم العلم
لانه اذا علم واعتق كان مختارا للفداء فوجبت الدية ووجبت القيمة
لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش

القيمة

القيمة وقد مر ذلك في هذا الباب قوله بان يدفع الى اولياء الجناية ثم يباع
للغرماء وانما يحمل لذلك ايفاء للحقين لانه اذا بدأ بالدين وبيع فيه يتعذر
الدفع الى ولي الجناية لان الملك يتجدد للمشتري ولم يوجد في يده جناية قال
الحاكم الشهيد في مختصر الكافي في كتاب المأذون الكبير فان اعتقه وعليه
دين وجنايات اكثر من قيمته ولم يعلم بالجناية غرم لاصحاب الدين قيمته بالغة
ما بلغت لانه ضمان مال في حقهم ولاصحاب الجناية الاقل من قيمته ومن عشرة
الاف درهم الا عشرة لانه قيمة الدم يعني اذا كان المقتول عبدا او حرا وعليه
قيمته وان اتلف دية واحدة ولو كان المتلف اجنبيا كان عليه قيمة واحدة
قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في تعليله لان الضمان عليه
باتلاف العبد وهو واحد والضمان على المولى ليس باتلاف العبد ولكن
باتلاف الحق وقد اتلف حقين لان هذه الرقبة تصلح وفاء للحقين على الكمال
قبل العتق فان حكم الشرع عند اجتماع الدين والجناية ان يدفع ثم يباع
وقد تعذر كل ذلك ففيه فوت حقين ضمن قيمتين ولا خصومة بين
الغرماء واصحاب الجنايات يريد به انه لا يشارك بعضهم بعضا فيما يتناول
لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين في محلين مختلفين وان
اعتقه وهو يعلم بالجنايات ضمن الجنايات كلها لانه صار مختارا للفداء في
حقهم كذا في شرح الكافي قوله فيضمنهما اي يضمن المولى القيمتين بالاعتاق
لصاحب الدين وولي الجناية قوله فلا يظهر بمقابلته الحق لانه دونه اي
لان الحق دون الملك يعني لا يضمن الاجنبي سوى قيمة العبد للمولى ولا يضمن
لولي الجناية شيئا فيدفع المولى تلك القيمة الى ولي الجناية واصحاب الدين
قوله قال واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع

الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها أي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لأمته في التجارة فـ
استدانت دينا ثم إنه قال يباع ولدها معها في الدين وإن جنت جناية
ثم ولدت دفعت الأم ولم يدفع الولد إليهما لفظ أصل الجامع الصغير
والفرق أن الدين واجب عليها متعلق برقبتها فيتعلق بجميع أجزائها والولد
من أجزائها فكما تباع الأم يباع الولد بمنزلة ولد المرهونة أما موجب الجناية فالدفع
أو الفداء وذلك على المولى في ذمته لا في رقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد وإنما تصير
الجارية ملكا لأولياء الجناية بعد التسليم وبعد التسليم الولد منفصل عنها
قال الفقيه أبو الليث وليس الجناية كالدين لأن موجب الجناية على المولى لا في رقبتها
وأما الدين في رقبتها وليس على المولى ألا ترى أن المولى لو باع الأمة وعليها دين
فللغرماء أن يبطلوا البيع ولكنهم يتبعون المولى ولأن تعلق الدين برقبة العبد
المأذون أمر حكمي والأوصاف الحكمية تسري إلى الولد كالكتابة والرهن وأما
محل الدفع فهو الجاني والدفع وصف حقيقي والأوصاف الحقيقية لا تسري إلى
الولد وحكاه القوانيني ثم قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي إذا جنت
الأمة جناية ثم ولدت ولدا أو اكتسبت كسبا أو جني عليها فأخذ المولى أرشها
فإنه يدفعها بالجناية وأرشها ولا يدفع ولدها وكسبها لأن حكم الجناية وجوب
الدفع بالجناية وولدها وكسبها لا يوصف بالجناية وليس هذا من باب حق حبسها
حتى يسري إلى ولدها بمنزلة الدين لأن الواجب في الحقيقة الفعل على المولى ومن
وجب عليه الفعل في محل لا يلزمه الفعل في محل آخر ومتى لم يجب دفع ولدها
لأن لا يجب دفع كسبها وهو العقد من الولد أولى ووجب دفع الأرش لأن بدل
الطرف قائم مقام الطرف فكأن الطرف قائم ولو كان قائما حقيقة يلزمه دفعها

[illegible]

لأنها واجبة الدفع بجميع أجزائها فلهذا إذا كان قائما حكما وإن كان وجب لها
الأرش قبل جنايتها لم يدفع الأرش معها لأنه حق ولي الجناية لم يكن متعلقا بطرفها
حين جنت فلا يتعلق بأرشها فإن لم يعلم ذلك فالقول فيه قول المولى لأنه يعرف
حقا للمولى ولا يثبت الاستحقاق عليه بالشك وإن كان وجب لها الأرش بعد جنايتها
فاستهلك المولى الأرش أو وهبه للجاني عليها لم يكن مختارا ولزمه أن يدفعها ويغرم مثل
ما استهلك من أرشها وإن كان الجاني عليها عبدا فدفع بالجناية وقبضه المولى
دفعه معها بجنايتها لأن العبد قائم مقام طرفها وقد ذكرنا أنها واجبة الدفع
بجميع أجزائها عند اختيار الدفع كما في الأرش فإن أعتق العبد صار مختارا للأمة
وعليه الدية لأن العبد قام مقام الطرف فصار إعتاقه واستهلاكه بمنزلة ما
استهلاك طرفها حقيقة ولو استهلك طرفها حقيقة ليس يجعل مختارا للفداء
في كلها لأنه مما لا يتجزى فكذا إذا استهلك ما هو قائم مقام طرفها حكما
بخلاف ما إذا أتلف الأرش وهو دراهم أو دنانير حيث لم يجعل مختارا للفداء
وإن كان قائما مقام طرفها حكما لأن الأرش غير متعين للدفع شرعا ألا ترى
أنه لو استهلكها ودفع مثله له ذلك فلا يتحقق استهلاك ما لزمه دفعه حتى
يصير مختارا بخلاف العبد فإنه متعين للدفع عند اختيار الدفع ولو أعتق
العبد وهو لا يعلم بالجناية من الأمة دفع الأمة وقيمة العبد لأنه بمنزلة العبد
والحكم في كل الجناية هكذا إنما يمتنع دفعها وهو لا يعلم بجنايتها فكذا في بعضها
كذا في شرح الكافي قوله قال وإذا أقر العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه
فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له وهذه مسألة الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد لرجل زعم رجل أن مولاه
أعتقه ثم إن العبد جنى على ولي هذا الذي زعم أنه أعتقه فقتله خطأ قال

باب
… العبد لرجل زعم

ليس لهذا الذي زعم انه اعتقه قليل ولا كثير الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع
الصغير وذلك لان من زعم المقر بالعتق ان موجب جنايته على عاقلته فكان ذلك
منه ابراء للمولى والعبد فلزمه ما اقر به من الابراء لان الانسان يؤاخذ بزعمه
ولم يصح ما ادعاه من غير حجة لم يكن له شيء اصلا كذا قالوا في شروح الجامع الصغير
قوله قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال
الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد اعتق ثم قال لرجل قتلت اخاك خطأ
وانا عبد وقال الرجل بل قتلته وانت حر فان القول قول العبد اذا علم انه كان
عبدا فاعتق الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانهما اتفقا على براءة العبد
لانه ان كان قتله وهو عبد كان الضمان على مولاه قيمة العبد او الفدا لان
المولى اذا اعتقه بعد العلم بالجناية فعليه الفدا وان كان اعتقه قبل العلم فعليه
القيمة وان كان قتله بعد الاعتاق فذلك على عاقلة مولاه وان كان حرا فذلك
على عاقلته ايضا وان كان لا عاقلة له فحينئذ يلزمه موجب جنايته عليه فاذن
العبد انكر الضمان اصلا لما انه اسنده الى حالة معهودة تنافي وجوب الضمان لانه لا
يتصور وجوب الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال رقه اصلا فلذلك جعل
القول قول العبد في هذه المسألة بالاجماع بخلاف المسألة التي تليها حيث اذا قال
البالغ طلقت امرأتي وانا صبي وقال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا مجنون
وكان جنونه معروفا يكون القول قوله لانه اسند اقراره الى حالة معهودة
منافية لصحة الاقرار لان الصبي والجنون ينافي ذلك ولذلك اذا قال لعبده
اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله
لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان قوله قال ومن اعتق جاريته

قال

قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها
وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
اعتق جارية له ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت لا بل قطعتها وانا
حرة فان القول قول الجارية وكذلك ما اخذ منها الا الجماع والغلة وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يصدق في شيء من ذلك والقول قوله الا ان يكون
المولى شيء بعينه في يده فيرده ولا يصدق عليه واذا قال جامعتك وانت
امتي فقالت لا ولكنك جامعتني وانا حرة فالقول قول الرجل في قولهم جميعا
الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وجه قول محمد انه اضاف الفعل الى
حالة معهودة تنافي في تلك الحال وجوب الضمان فكان القول قوله كما في المسألة الاولى
وكما في الوطء والغلة وذكر القدوري في التقريب قول زفر كقول محمد ولهما ان
المولى ما اضاف اقراره الى حالة منافية للضمان فان قطع المولى يدها يوجب الضمان
اذا كانت مديونة ولذلك اذا اتلف من كسب عبده المأذون المديون
يضمن ولا يكون سكوته الضمان بل يكون مدعيا للبراءة بخلاف العقر فان وطء
الغريم لا يتعلق بمنافع بضعها وان كانت مديونة لانها ليست بمال فلم يكن
مقرا بل كان منكرا وكذلك اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة
وهو مديون يصح ولو اخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا كذا ذكر فخر الدين
قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولان قطع المولى اليد عمدا جناية بدلالة انه لا
يملك ذلك ومتى اعترف بالجناية ثم ادعى معنى يوجب سقوط الضمان لم يصدق
لدعوى البراءة ولانه لما اقر بالجناية ثم ادعى التاريخ وكل امر حادث لا يعلم تاريخه

يحكم بوقوعه في اقرب الاوقات واقرب الاوقات حال الخصومة فيتعلق به الضمان
فاذا العدول في التقريب ولا يلزم على هذا اذا قال الحاكم بعد العزل قطعت يدك
في سرقة او قصاص لان فعل الحاكم ليس بجناية ومتى لم يعرف بجناية قبل قوله في اضافة
ذلك الى حالة معلومة وقال الفقيه ابو الليث وهذه المسائل على ثلثة اوجه في وجه
يكون القول قول المولى في وجه يكون القول قول الجارية وفي وجه اختلفوا اما الوجه
الذي يكون القول فيه قول الجارية انه اذا اقر المولى انه اخذ منها مالا والمال قائم في يد المولى
وقت المنازعة فقال المولى للجارية اخذته منك قبل العتق وقالت الجارية اخذته مني بعد
العتق فالقول قولها لان الاختلاف وقع في تحويل المال فادعى المولى انه تحول الى ملكه
والجارية منكرة فالقول قولها واما الوجه الذي يكون القول فيه قول المولى اذا اخذ
منها الغلة او وطيها وقال انما فعلت ذلك في حال الرق وقالت الجارية بل فعلت في
حال الحرية فالقول قول المولى لان وطء الحرة مرة يوجب المال ومرة لا يوجب لانه
لو كان زنى بالجارية لا يجب به المهر وفي اخذ الغلة ايضا مرة يوجب الضمان ومرة
لا يوجب لانه لو غصب الحرة واستغلها لا يجب الضمان فلما كان في الحرة مرة يجب
الضمان ومرة لا يجب ومرة لا يجب المهر للامة اشتبه الامر فلا يجب بالشك
واما الوجه الذي اختلفوا فيه هو ما اذا استهلك مالها او قطع يدها على الاختلاف
الذي ذكرنا **قوله** كما في المسئلة الاولى اشارة الى قوله واذا اعتق العبد فقال
لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد
قوله كما اذا قال العبد فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقطوع لا
بل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وكذلك لان المقر اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه بيان ذلك ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة حتى لا يوخذ
اليمنى باليسرى ولا اليسرى باليمنى ولا اليد الصحيحة بالشلاء فاذا كان كذلك تعين القصاص في

اليمنى

اليمنى من عيني الجاني فاذا مات قبل العدول من الموجب الاصلي وهو القصاص الى
المال سقط حق المجني عليه اصلا كما اذا قتل العبد الجاني او مات وقال المقر من
هذا الكلام براءة ذمته عن الضمان اصلا وقال المقر له دعوى نصف الدية لانه
اذا فقئت عينه اليمنى ولم يكن الفاقي حينئذ مفقوءة يجب عليه نصف الدية **قوله**
وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان اي لا محالة واشارة الى قوله او بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له **قوله** قال واذا امر العبد المحجور عليه
صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية وهذه المسئلة بهذه الصورة ذكرت
في بعض نسخ الجامع الصغير ولم تذكر في البعض وهذا لم يذكرها الفقيه ابو الليث وفخر
الاسلام وذكرها القاضي ابو طاهر الدباس وشمس الائمة السرخسي والصدر الشهيد
وقاضي خان فقال قاضي خان عبد محجور عليه امر صبيا حرا بقتل رجل فقتل
فعلى عاقلة الصبي الدية ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا وكذا لو كان
المامور عبدا محجورا عليه كانت الدية على مولى المامور اذا اختار الفداء ولا
يجب على الامر لان امر الصبي والعبد غير معتبر كالاقرار والكفالة الا ان
الامر اذا كان صبيا رجلا امره اصلا لا يواخذ لا في الحال ولا بعد البلوغ وان
كان الامر عبدا لا يواخذ في الحال ويواخذ بعد العتق فيرجع مولى القاتل على
الامر بالاقل من الفداء او من قيمة القاتل لان قول العبد معتبر في حقه الا انه
لا يواخذ قبل العتق لحق المولى فاذا اعتق زال حق المولى فيواخذ به كذا في شرح
الجامع الصغير لقاضي خان **قوله** وكذا اذا كان الامر صبيا قال محمد في اصل
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الصبي الحر يامر الصبي الحر ليقتل
رجلا فقتله قال على عاقلة الصبي القاتل ديته وليس على الامر ولا على عاقلته شيء
اما الصبي القاتل فان عمده خطا فوجبت الدية على العاقلة وامر الصبي باطل

لانه محجور الا ترى ان اقراره وكفالته باطلة اصلا فلم يلزمه ولا على عاقلته شيء
قوله لانهما لا يواخذان باقوالهما اي لان العبد المحجور والصبي لا يواخذان باقوالهما
لان اعتبار القول بالشرع ولم يعتبر الشرع قولهما **قوله** ويرجعون على العبد الامر
بعد العتاق اي يرجع عاقلة الصبي على العبد الامر بعد العتاق هكذا ذكر الصدر
الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شرحيهما وفيه نظر لان خلاف الرواية في الزيادات
وسنذكر رواية الزيادات مع جميع فروعها الا انه اريد قول ابي يوسف الذي ذكره
القدوري في التقريب قال وروى الحسن عن ابي حنيفة في عبد امر صبيا بقتل رجل فقتله
فعلى عاقلة الصبي الدية ثم يرجع عاقلة الصبي على سيد العبد فيقال له ادفع العبد
الى العاقلة او افده بالدية وقال ابو يوسف على عاقلة الصبي الدية ثم يرجعون على
العبد اذا اعتق بالاقل من الدية او قيمة العبد وجه قول زفر انهم يطالبون
المولى في الحال لانه لما حمل الصبي على القتل صار كانه قتله مثل ان يكره رجلا على قتل
اخر فيضمن العبد في الحال وكما لو اخذ بيده فضربه وانما قال ابو يوسف بالرجوع
على العبد اذا اعتق لانه يصير مغصوبا فيبقى الضمان متعلقا بقول العبد فيتاخر
الى حال الحرية كما لو اقر بدين له اي التقريب **قوله** لان عدم الاعتبار لحق المولى
وقد زال لا لنقصان الاهلية في العبد وقد زال حق المولى بعد العتق فيواخذ
لزوال المانع وفي الصبي لم يعتبر قوله لقصور اهليته **قوله** وكذلك ان امر عبدا
يعني ان كان الامر والمامور عبدين محجورا عليهما قال في اصل الجامع الصغير
عبد محجور امر عبدا محجورا بقتل رجل فقتله قال على العاقلة الدية وليس
على الامر ولا على عاقلته شيء اذ يقول على القاتل الدية اذا اختار مولاه
الفداء ويفدي عنه بالدية لان عاقلة العبد مولاه فيقال لمولاه ادفعه
او افده كذا افاد الفقيه ابو الليث ثم قال ومعنى قوله وليس على الامر يعني لا
شيء عليه في الحال ولكن يجب عليه بعد العتق قال وهكذا ذكر في الزيادات
ان العبد اذا امر عبدا اخر حتى قتل رجلا يقال لمولى القاتل ادفعه
او افده بالدية ثم ينظر الى الامر ان كان ماذونا يجب عليه قيمة المامور وان
كان محجورا يجب عليه بعد العتق لانه لما امره بالقتل حتى قتله صار غاصبا
له والعبد الماذون يجب عليه ضمان الغصب اذا اقر به واما المحجور لا يجب
عليه الا بعد العتق لان مرجع هذا الغصب يرجع الى القول فصار كالاقرار منه
بالغصب ثبت ان الذي قال ههنا ليس على الامر شيء اي ليس عليه في الحال
ولكن يجب عليه بعد العتق ولا يجب على العاقلة لان العاقلة لا تعقل عن
العبد الى هنا لفظ الفقيه في شرح الجامع الصغير ثم نبين ما وعدنا من
رواية الزيادات فنقول الاصل هنا ان العبد المحجور او الصبي المحجور يواخذان
بافعالهما لا باقوالهما وضمان فعل العبد ضمان غصب لكونه محلا له وضمان
فعل الصبي الحر ضمان جناية لا ضمان غصب لعدم كونه محلا للغصب قال في
شروح الزيادات حر امر صبيا حرا بان يقتل رجلا فقتله فالدية
على عاقلة الصبي لان الصبي يواخذ بافعاله وافعاله صحيحة لكن عمده وخطاه
سواء هو خطا كله فوجبت الدية على عاقلته ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة
الامر عند الزيادة لان الصبي الحر يضمن بالتعدي بطريق الجناية الا ترى ان
من غصب صبيا حرا فحمله على المهالك حتى مات بصاعقة او نهش
سبع وجبت ديته على عاقلة الغاصب بطريق الجناية كانه قتله خطا وكذلك
هنا الامر هذا جناية على الصبي بطريق التسبيب ولو اتصل بذلك
تلف لزمته الدية فلذلك اذا اتصل به ضمان الدية ولو امر الرجل عبدا
صغيرا او كبيرا ماذونا او محجورا بان يقتل رجلا فقتله قبل المولى

ادفعه او افده ان كان الحفظ من الكبير فاذا فعل ذلك رجع على الحر بالاقل
من قيمته ومن ارش الجناية اما وجوب ضمان الجناية على المولى فلان الامر بالجناية
لا ينقل فعل المامور الى الامر واما الرجوع فواجب بحكم الغصب لان العبد
يضمن بالغصب فيضمن اقل الامرين كما اذا غصبه فجنى عنده وذلك انه استعمله
فصار غاصبا ولو كان هذا الحر اسير مكاتبا بطل امره ولم يلزمه الارش شيئا
صغيرا كان المكاتب او كبيرا لان الجناية انما تحقق بواسطة الاستعمال واثبات
واثبات اليد والمكاتب ليس بمحل له الا ترى ان غصبه لا يتحقق وجعل حال المكاتب
الصغير فوق الحر الصغير لان يد المكاتب انما تثبت حكما لكتابته ويد الصغير
مثل يد البالغ واما الحر الصغير فلا يد له على نفسه الا ترى ان من غصب صبيا
فنقله الى المهالك حتى عطب لم يضمن شيئا ولو غصب حرة صغيرة امر دية
وتحمله عاقلة الغاصب فكذلك هذا وهذا اذا كان الامر حرا واما اذا كان
الامر عبدا فان كان العبد كبيرا ماذونا او صغيرا ماذونا فان امر عبدا
مثله صغيرا او كبيرا او ماذونا او محجورا بالقتل فقتل دفعه مولاه او
فداه ثم رجع بالاقل من ذلك في رقبة الامر لان هذا ضمان غصب وهو بمعنى
التجارة لانه يملك المضمون باداء الضمان والعبد الماذون اهل القول بالتجارة فكان
التجارة كالاقرار بالغصب واذا كان المامور صبيا حرا وجبت دية القتيل على
عاقلته ولا شيء على العبد لانه ليس من اهل ان يلحقه ضمان الجناية بحال ولا يلزم
مولاه لانه محجور عن القول الذي يتعلق به ضمان ما ليس بتجارة كالكفالة ولا يلحقه
وان عتق لان موجب ذلك على مولاه لو صح فاذا بطل لم يلزم العبد بعد كما اذا
اقر بالجناية وهذه الرواية تعلم ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله ويرجعون
على العبد الامر بعد العتاق فيه نظر ولو كان الامر عبدا الحر المحجور عليه

والعبد

والعبد الماذون مثله او صغير محجور او ماذون يامره بدفع او يفدي ولا يرجع
مولاه على الامر بشيء لان المحجور لا يؤاخذ بضمان ما ليس بحق القول كالاقرار بالدين
والكفالة به واذا اعتق لحقه ذلك لما قلنا في الاقرار بالدين بخلاف الجناية ولو كان
المامور صبيا حرا ماذونا او عبدا صغيرا ماذونا فان كان المامور عبدا
وجبت قيمته على الامر الا ان يكون الارش اقل لانه اهل لضمان التجارة بقوله
وان كان المامور صبيا حرا فلا شيء على الامر بحال لانه امر في حكم الجناية لغو
ولو كان الامر صبيا حرا محجورا او عبدا صغيرا او محجورا فانه لا يلحق الامر شيء
من ضمان الغصب والجناية جميعا لما ذكرنا من فساد امره ولو كان المامور مكاتبا
وجميع هذه المسائل لم يضمن الامر شيئا لما قلنا ولو كان الامر مكاتبا صغيرا
او كبيرا والمامور عبد محجور او ماذون صغير او كبير رجع مولى المامور
على المكاتب بقيمته الا ان يكون الارش اقل اعني قيمة المامور لان المكاتب اهل
لضمان الغصب الا ان تكون قيمة المامور عشرة الاف او اكثر فيغرم المكاتب
عشرة الاف الا عشرة وهذا الواجب ضمان غصب حتى وجب قيمة المامور
ولم يجب قيمة المكاتب ولو كان ذلك ضمان جناية لوجبت قيمة المكاتب وفيه
اشكال وهو ان ضمان الغصب غير مقدر فيجب بالغا ما بلغ وضمان
الجناية مقدر فكيف قدر هنا بعشرة الاف الا عشرة والجواب نعم
هذا ضمان الغصب ولكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب
قيمة المامور وباعتبار السبب وجب التقدير ولو كان المامور حرا صغيرا
رجعت عاقلته على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان ضمان جناية المكاتب
هذا لانه من اهل الالتزام وذلك لان المكاتب صار كالجاني على الحر او
كالمقر بالجناية وذلك صحيح يلزمه به قيمته فكذلك هنا وجب حالا لان



القيمة خلف عن الرقبة ولا اصل في تسليم الرقبة فكذلك فيما يخلفها فان عجز المكاتب
فان لم يقض عليه بارش الجناية بطل ذلك كما اذا اقر بالجناية ثم عجز لان جنايته
انما تصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد فاما اذا عجز بعد القضاء عليه فان ذلك
يبطل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تصير دينا عليه واصل المسألة
في الاقرار بالجناية في الزيادات وشروحها قوله ولا رجوع له على
الاول اي للمولى القابل على العبد الاسير قوله فان واذا قتل العبد رجلين
عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه
الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم اه قال في الجامع الصغير وذلك لان
الرقبة بحكم القود صارت من اولياء القتيلين لكل واحد منهم ربعه فاذا عفا اثنان
بطل حقهما وبقي حق الاخرين في النصف فلذلك قيل له ادفع نصفه وان شاء الفدا
فانما يكون بتكميل القتيلين والفدا العشرين الفا اذ اسقط القصاص وقد سقط
بالعفو واعطاهما لا فصار كانه وجب المال من الابتدا وحصة كل واحد منهم
في خمسة الاف فلما عفا اثنان منهم بطل حقهما وبقي حق كل واحد من الباقيين
في خمسة الاف فلذلك فداه بعشرة الاف ان شاء قوله فان كان قتل احدهما
عمدا والاخر خطا وعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الف
خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لوليي الخطا وهذه من مسائل
الجامع الصغير وذلك لان نصف الحق من حق وليي العمد بطل بالعفو وبقي النصف
وصار مالا ولم يبطل شي من دية القتيل الاخر ولا مزاحمة في الفدا فلهذا فداه
بخمسة عشر الف ان شا عشرة الاف لولي الخطا وخمسة الاف لغير العافي من
وليي العمد وهذا في قولهم جميعا قال وان دفعه دفعه اثلاثا الثلث للذي لم يعف
والثلثان لولي الخطا وقال ابو يوسف ومحمد ادفعه الربع لولي العمد وثلثة ارباعه

لولي

لولي الخطا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر لصاحب
الخطا النصف ولصاحب العمد الذي لم يعف الربع ويبقى الربع للمولى ووجه قولهما ان
حق وليي العمد في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما فقد ابطل حقه في النصف ففرغ عن
هذا النصف وتعلق به حق ولي الخطا بلا منازعة وبقي النصف الاخر واستوت
فيه منازعة ولي الخطا ومنازعة شريك العافي في كل واحد منهما يدعيه فصار
هذا النصف بينهما نصفان فلهذا كانت القسمة بينهم بطريق المنازعة ارباعا ولابي
حنيفة ان حق ولي الخطا في عشرة الاف وحق شريك العافي في خمسة الاف فيضرب
كل واحد منهما بحقه كما لو كانت التركة الفا ولرجلين على الميت دين لاحدهما
الف وللاخر الفان فان التركة تقسم بينهم بطريق العول والمضاربة اثلاثا ثلثا
التركة لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف ولو ان عبدا قتل رجلا خطا
وفقا عين الاخر فان اختار المولى دفعه دفعه اثلاثا فلذا ههنا وضع قوله
ان العمد اذا صار مالا صار بمعنى الخطا ولو كانا قتلاهما جميعا خطا فعفا احد
وليي احدهما خاصة سلم ذلك الربع للمولى فكذلك ههنا ومعنى المنازعة ان كل
جزء فارغ من دعوى قوم يسلم للاخر بلا منازعة ومعنى العول ان يضرب كل واحد
منهم بسهمه فتجمع السهام كلها ويقسم العين على مبلغ السهام واعلم ان هذه المسألة
على ضد مسألة كتاب الشهادات وهي ان رجلا ادعى دارا وادعى اخر نصفها
واقاما البينة فان على قول ابي حنيفة تقسم ارباعا وعلى قولهما اثلاثا و
بيان تلك المسألة في كتاب الدعوى يستوفي قبيل فصل التنازع بالايدي
فينظر ثمه حتى يعرف الاصول التي ينبني عليها الباب ومسألة كتاب المأذون توافق
هذه المسألة المذكورة هنا وهي ان عبدا مأذونا بين رجلين اذانه احد
المولين مائة درهم واذانه اجنبي مائة درهم ثم بيع العبد بمائة درهم فان في قول

ابي حنيفة يقسم الثمن اثلاثا وفي قولهما ارباعا ومسئلة كتاب الوصايا توافق كتاب
الشهادات وهي اذا كان اوصى بعبد او بسيف وبنصفه لاخر ففي قول ابي حنيفة
يقسم ارباعا وفي قولهما اثلاثا قال الفقيه ابو الليث رحمه تلك الوصايا والاصل
عند ابي حنيفة ان الحقوق اذا كانت ترجع الى العين تقسم على طريق المنازعة ولهذا
قال في مسئلة كتاب الدعوى ان الدار تقسم على سبيل المنازعة وكذلك اذا اوصى
بالعبد او السيف فانه يقسم على طريق المنازعة واما اذا اجتمعت الوصايا في الثلث
فسبيلها سبيل الحقوق وليس سبيلها سبيل الاعيان ولهذا قال في مسئلة
المدبر اذا قتل رجلا عمدا فعفا احد وليه وقتل اخر خطأ ان القيمة تقسم على
طريق العول ولذلك قال في مسئلة كتاب المأذون قوله قال واذا كان عبد
بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد بين رجلين قتل
مولى لهما عمدا فعفا عنه احدهما قال بطل الدم كله وقال ابو يوسف ومحمد يقال للذي
عفا ادفع نصف نصيبك الى الاخر او افده بربع الدية الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وليا لهما والولي القريب والمولى اريد
به القريب ايضا قال تعالى واني خفت الموالي من ورائي والمولى ابن العم
والعصبة والجمع الموالي كذا في التيسير ويحتمل انه اراد به المعتق الذي اعتقاه
وصارا عصبة له بالولاء قال فخر الاسلام وقد ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير
قول محمد مثل قول ابي حنيفة وقال القدوري في كتاب التقريب والصحيح انه مع
ابي حنيفة وقال فخر الاسلام ايضا وذكر في كتاب الديات ان عبدا لو قتل
مولاه عمدا وله وليان فعفا احدهما ان الدم قد بطل كله في قول ابي حنيفة ومحمد

ولم يختلف الروايات فيه وقال ابو يوسف في تلك المسئلة مثل قوله في مسئلة هذا
الكتاب ومسئلة هذا الكتاب من الخواص لذا قال فخر الاسلام ولما عرض محمد كتاب
الجامع الصغير على ابي يوسف خطاه ابو يوسف في ست مسائل في روايته عن ابي
حنيفة وهي مذكورة في اول الجامع الصغير لفخر الاسلام منها هذه المسئلة وقال
ما رويت عن ابي حنيفة الخلاف في هذه المسئلة بل قوله فيها كقولنا يقال له ادفع
نصف نصيبك او افده بربع الدية واما الاختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه
عمدا وله وليان فعفا احدهما الا ان محمدا لم يرجع عن روايته وذكر اختلاف ابي حنيفة
في المسئلتين جميعا ثم وجه قول ابي يوسف في المسئلتين واحد وهو ظاهر لان القود
وجب للوليين في كل الدم على سبيل الشركة والشياع في النصيبين جميعا من قبل
انه لا يمتنع وجوب القود للمولى على عبده الذي هو ملكه الخاص لان العبد
في حق الدم كالحر لانه مبقى على اصل الحرية في حقه وصار لكل واحد منهما
نصف القود على الشياع نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا
عفا احدهما بطل حقه وبقي النصف الذي هو حق شريكه ولكن نصف
هذا النصف متعلق على نفسه فاذا انقلب مالا بطل ذلك لان
المولى لا يستوجب على عبده مالا وبقي النصف الاخر متعلقا على
صاحبه فلم يبطل فلذلك بقي الربع ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد
سقط ونصيب الاخر وهو نصف الاخير يحتمل ان يكون كله في ملكه
في ملك شريكه فينقلب الذي وقع في ملك العافي مالا وهو الربع فلما
كان محتملا لم ينقلب مالا اذ المال لا يجب بالشك والاحتمال قال فخر
الاسلام البزدوي اذا كان قول محمد مع ابي حنيفة في مسئلة الكتاب فلا
حاجة الى الفرق وان كان مع ابي يوسف احتاج محمد الى الفرق بين مسئلتنا

القصاص

ومسئلة كتاب الديات والعرق ان عند ابي يوسف تجب للقتيل وهو واجد ما لك
لرقبة العبد وقلم الولسان مقاسه في ذا اما مالا صا رميرا انا لا محالة فاعتبر
ما للقتيل وهو واحد مالك لرقبة العبد لانه تاما رما لا الا على ملوك
فلم يثبت الشياع والنصف لان مالك الوارث هو ملك الميت فبطل ذلك
كله لعبد قتل مولاه خطا فاما ههنا فان القصاص لم يثبت الا لاسير في حق
المملوك والمقتول غير مالك لرقبته واذا كان كذلك يثبت على المناصفة
والشياع في حق الملك فاعلت ما لا لذلك وما ذكر الوقد ورى في كتاب التقريب
ولا يلزم على هذا اي قول ابي حنيفة في مسئلة الجامع الصغير ان الدم بطل كله
اذا املت ام الولد مولاها وله وليان يعفا احدهما ابن شجاع ذكر عن ابي حنيفة
انها لعبد وسقط الجميع بعلو هذا الاحتاج الى فرق والمشهور ان ذلك لا
لسقط والفرق بينهما ان ام الولد تعتق بموت المولى فصارت الجناية بالعفو في حق
مجهول ان يثبت للمولى عليها ضمان وقد ذكر ابن شجاع في مسئلة ام الولد رواية
لذا في المعرفت قوله وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ الجامع الصغير قوله وذكر
في الديات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي
حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر
اختلاف الرواية لابي يوسف في المسئلتين اذ حق القصاص ثبت في العبد على سبيل
الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب
نصيب الاخر وهو النصف مالا غير انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه
والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة لان المولى لا يستوجب
على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف هو الربع فلهذا يقال
ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية وعلى ان ما يجب من المال يكون حق المقتول

لانه

لانه بدل دمه ولهذا يقضي منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه
عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه
الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها وفي بعض نسخها ولم تكتب هذه النسخة في اكثر
نسخها والخوان تكتب لانها اذا لم تكتب يخلو مسئلة الجامع الصغير عن ان يكون اصلا
وقوله في الديات اي في كتاب الديات من المبسوط وقوله ولم يذكر اختلاف الرواية
اي مسئلة كتاب الديات لم يذكر اختلاف الرواية في قول محمد بل ذكر قوله مع ابي حنيفة
في جميع الروايات عنه **فصل** لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في
احكام الجناية عليه لان الفاعل مقدم على المفعول وجودا وعدما فوجب
ترتيبه كذلك للمناسبة **قوله** ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته لا تزاد على
عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف
الا عشرة هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول ابي حنيفة وزفر ومحمد رضي الله
عنهم وذلك على العاقلة في ثلث سنين كذا ذكره الكرخي في مختصره وعند ابي يوسف
والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة لانها من الاموال كذا ذكره
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الطحاوي في مختصره روى محمد عن ابي يوسف انه
قال قيمته على عاقلته بالغا ما بلغ وروى اصحاب الاملاء عنه انه قال قيمته على الجاني في ماله بالغة
ما بلغت ولا يحمل العاقلة منها شيئا الى هنا لفظ الطحاوي واجمعوا ان العبد المغصوب
اذا هلك عند الغاصب تجب قيمته بالغة ما بلغت وقال الكرخي في مختصره روي ان
العبد لا يبلغ به دية الحر عن عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبي وعطا وروى
محمد عن سعيد بن المسيب ورواه عن علي وابن عمر وابن عباس قيمته العبد بالغا ما بلغ
وغيرهم الى هنا لفظ الكرخي والحاصل ان العبد مضمون بالقتل بالاتفاق ولانه
مضمون عندنا من حيث انه ادمي وعند ابي يوسف من حيث انه مال له انه جعله

معصوما من حيث إنه مال أولى فيكون الواجب قيمته فتجب بالغة ما بلغت ولا تعقله
العاقلة لأن الآدمية ساقطة العبرة في مقابلة المالية ولهذا اعتبرت المالية
المولى عليه ولم يعتبرها الآدمية في مقابلة المالية المولى حتى كان للمولى الحق بيعه فكان
تضمينه من الوجه الظاهر أولى ولهذا كان الواجب القيمة في قليل القيمة دون الدية
حتى لم يكن مقدرة في نفسها ولذلك الواجب في أطراف العبيد القيمة بالإجماع
وكذا في العبد المغصوب فكان معنى المالية فيه أرجح من معنى الآدمية ولنا قوله
تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وجه
الاستدلال أن الله تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأ دية والعبد مؤمن قتل
خطأ فيجب فيه الدية والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمي لا بمقابلة المال وما يجب
بمقابلة المال يسمى قيمة وضمانا وهو العرف فثبت بدلالة الآية أن العبد مضمون
بمقابلة الآدمية ولأن الأثر قد ورد من الشرع في الدية وينقص عنها بأثر عبد الله
بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال
والدليل على أن معنى الآدمية راجح فيه أن التكاليف الشرعية متوجهة عليه
بالإجماع من حيث الآدمية وهذا يقتضي أن يكون مضمونا من حيث إنه آدمي ولهذا
وجب القصاص بقتله ثم إنه كما استحق العصمة من حيث إنه مال استحق من حيث إنه
آدمي لكن مراعاة العصمة من حيث الآدمية أولى من مراعاتها من حيث المالية لأن عصمته
من حيث إنه آدمي لذاته وعصمته من حيث إنه مال لغيره فكانت عصمته من حيث المالية
كالتابع للعصمة من حيث الآدمية وفي حق استحقاق العصمة وإلحاق التابع بالأصل
أولى من القلب ولأن المعاني التي تزيد بها قيمة العبد موجودة في الأحرار مع
زيادة الحرية فإذا لم توجب الزيادة على الدية فلأن لا توجب في العبد مع نقصان الرق
أولى ولأنه بدل آدمي وجب بالقتل فجاز أن يحط القدر عن دية الحر ولا يلزم إذا

غصب

٣٧

غصب عبدا فأبق أو قتل لأنا احترزنا بالقتل عن ذلك ولأن الغصب يرد
عليه باعتبار المالية فكان مضمونا بمقابلة المالية لا الآدمية وفي قليل القيمة لا نقول
إنه ضمان مال بل هو ضمان الآدمي أيضا إلا أنه لما لم يرد الشرع فيه جعل القيمة والمالية
معيارا لهذا البدل ولأن ضمان الغصب قد يثبت بالمالية بالإجماع لأنه لا يلزم
التسوية بين كامل الحال وناقص الحال وفي الأطراف ليس معنى الآدمية بأصل
بل هو تابع لأنه يسلك بها مسلك الأموال فترجح معنى المالية بخلاف النفس
فإن قيل إنه مملوك فإذا أتلف وجب أن يلزم قيمته بالغا ما بلغ كسائر المملوكات
قلنا المعنى في الأصل أنها يضمن ضمان الأموال ولهذا لا يدخل فيه شيء من
أحكام الجنايات بخلاف العبد فإنه يضمن ضمان الجنايات بدليل ثبوت الكفارة
وتحمل العاقلة ووجوب القصاص وثبوت القسامة فإن قيل لما لا يتقدر
بدله قلة لا يتقدر كثرة كالأموال قلنا إنما سقط التقدير لتعذر الشكل وما دون
الموضحة من الجنايات ثم لما تقدر الواجب في قتل العبد على دية الحر ينقص منه
إظهارا لنقصان الرق وإنما عينت العشرة بأثر عبد الله بن مسعود ولأن
العشرة أدنى مال له خطر في الشرع ولهذا توقف الوطء في الشرع عليها ألا ترى أن
الحرة لا يستباح وطؤها بالنكاح إلا بعشرة ويستباح وطء الأمة بالهبة
بغير شيء ولذلك قدر نقص الرق هاهنا بعشرة وأما الأمة فلأن الواجب
في قتلها على خمسة آلاف إلا عشرة وهذا ظاهر الرواية لأن دية الحرة
ينقص منها عشرة كما ينقص من دية الرجل والسر في ذلك أن أطراف العبد
إنه لا يتجاوز خمسة آلاف إلا خمسة لأن ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة فيقدر
بنصفه وما يجب في الأنثى ليس بجزء من دية الذكر وإنما هي دية في نفسها فلذلك
قدر النقص فيها بعشرة وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة في قتل الأمة خطأ

اذا زادت قيمتها على دية الحرة خمسة الاف درهم الا خمسة قال الفقيه ابو الليث
السمرقندي في كتاب العيون رواية الحسن بن زياد هو القياس **قوله** ولهذا
تجب للمولى ايضاح لكون الضمان بدل المالية وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية
اي المولى لا يملك العبد من حيث الادمية بل من حيث المالية فلو كان الضمان بدل الدم لما
وجب الضمان للعبد لانه في حق الدم مبقى على اصل الحرية **قوله** ولو قتل العبد
المبيع قبل القبض بقي العقد ذكره ايضا على سبيل الايضاح عطفا على قوله يجب
للمولى يعني ان بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الادمية فدل ان الضمان بدل
المالية وهذه المسئلة تحتاج الى البيان قال القدوري في كتاب التقريب
قال ابو يوسف اذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري اجازة البيع كان له
القصاص وكذلك ان اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حفظي عن
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه لا قصاص
للمشتري ايضا لابي حنيفة ان العقد يتعرض للفسخ ما لم يتصل به القبض فاذا
هلك انفسخ العقد وصار كانه لم يكن فوجب القصاص للبائع وليس كذلك
المكاتب اذا مات عن وفاء ووارثه غير المولى لان الوارث يثبت له الحق من غير
ان يستند الى سبب سابق فلذلك لم يكن له القصاص وليس كذلك العبد اذا
قتل في يد الغاصب وضمنه المالك لانه لا يملك القصاص لان ملكه يتعلق بالاختيار
وهو سبب حادث بعد الجناية فلذلك لم يملك به القصاص وفي مسئلتنا ملكه
البائع بحكم الملك الاول ولا يلزم على هذا اذا كان الخيار للبائع والعبد في
يد المشتري فاختار تضمينه انه لا قصاص للمشتري لانه ملكه باختيار التضمين
وهو سبب حادث ولابي يوسف ان البيع ينفسخ بالهلاك فيملكه البائع بذلك
وهو سبب حادث فصار كتضمين الغاصب وتضمين المشتري في البيع المشروط

فيه الخيار وليس كذلك المشتري لان الملك له وانما كانت اليد لغيره ولهذا
لا يمنع وجود القصاص ووجه الرواية الاخرى ان المبيع ما دام في يد البائع فله فيه
حق الملك لجواز ان يعود اليه فقد وقعت الجراحة على وجه لا يثبت القصاص من جهة
وهو ان يختار المشتري الرد فصار ذلك شبهة وقد قال زفر في المبيع يقتل
في يد البائع لا قصاص لواحد منهما وكذلك الرهن لان المرتهن ان يمنع المالك من
القصاص وصار ذلك شبهة وفرق ابو يوسف بين البيع والرهن في احدى
الروايتين لان الملك في الرهن للراهن وانما للمرتهن ان يمنع القصاص حتى يستوفي
حقه فاذا رضي فقد اسقط حق نفسه فبقي ملك الراهن وفي المبيع حق الملك
ثابت للبائع فصار المستحق للقصاص مجهولا كذا في التقريب **قوله** عند
تعذر الجمع بينهما اي بين معنى المالية ومعنى الادمية لانهم اجمعوا على ان الضمان
اما بدل المالية او بدل الادمية **قوله** ولعين الشرع باثر عبد الله بن مسعود
وهو ما روى القدوري في شرح مختصر الكرخي عن عبد الله بن مسعود انه قال
قيمة العبد لا يزاد على عشرة الاف الا عشرة وهذا امر لا يعلم الا من طريق
التوقيف وذكر في بعض نسخ الهداية ابن عباس مكان ابن مسعود وذلك
ليس بصحيح لان مذهب ابن عباس مثل قول ابي يوسف وقد رواه الكرخي
كذلك مر بيانه **قوله** ما اذا قطعت يد العبد ونصف قيمته لا يزاد على خمسة
الاف الا خمسة دراهم اي قال القدوري في شرح مختصره اي لا يزاد نصف قيمة العبد
وتضمين الجاني على خمسة الاف درهم منقوصا منه خمسة دراهم وذلك لانه
يجب في اليد من الحر نصف ما يجب في الجملة فكذلك ما يجب في يد العبد
يعتبر بنصف ما يجب في جملته ولا يشبه هذا ما يجب في نفس الامة انه ينقص
منه عشرة دراهم لانه ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها ولهذا

بقدر النقص من احد شيئين وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
اولاً وقال محمد عليه النقصان وهو قول زفر وابي يوسف آخراً الا في
شعر اللحية قال ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر عن ابي
يوسف قال قال ابو حنيفة كل شيء فيه من الحر الدية فهو من العبد فيه القيمة
وكل شيء من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد نصف قيمته وكذلك الجراحات
على هذا الحساب قال ابو يوسف ثم ان ابا حنيفة رجع في حاجب العبد وفي
اذنه وقال فيه حكومة عدل وقال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا قطع
الرجل يد العبد او فقأ عينه او قطع رجله او شجه موضحة او هاشمة
او منقلة او نزع لحيته او شعر رأسه نظر الى الذي صنع به كم اصابه من دية
الحر فيغرم ذلك من قيمته وكذلك بلغنا عن ابراهيم النخعي وسعيد بن المسيب
قال محمد استقبح ابو حنيفة ان يضمن في الاذن نصف القيمة وقال الحسن عن
ابي حنيفة في امرأة ان حلق احد حاجبيه فلم ينبت او نتف اشفار عينيه الاسفل
والاعلى فلم ينبت او قطع احدى شفتيه العليا او السفلى ان عليه في كل واحد
من ذلك نصف القيمة وقال محمد عن نفسه يغرم الجاني بجنايته ما نقص بجنايته
من العبد من قيمته اقومه ولا جناية به واقومه مجنيا عليه واغرم الجاني
فضل ما بين القيمتين قال محمد وهو قول زفر وابي يوسف وقولنا وقال محمد
وجميع هذه الجنايات وقال الجاني خطأ كانت او عمداً ما لم تبلغ النفس فاذا بلغت
النفس وكانت الجناية خطأ كانت القيمة على العاقلة الى ههنا لفظ الكرخي رحمه الله
وجملة هذا ما ذكره الشيخ ابو الحسن القدوري في شرحه ان الجنايات في العبد تقدر
فيما دون النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقدر وروي عن ابي
يوسف مثله وهو قول مالك وجه قول ابي حنيفة ان القيمة في العبد مثل الدية

ن

في الاحرار فاذا كانت الجناية فيما دون النفس يجوز ان تقدر في دية الحر
جاز ان تقدر من قيمة العبد ولان الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير
الا ترى انها لا تبلغ بها الدية فجاز ان يكون ما دون النفس يدخله التقدير كالحر
وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد ضمانه ضمان الاموال بدلالة انه
لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا تتحمله العاقلة وضمان الاموال يجب بقدر النقصان
واذا ثبت هذا فروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد
به المنفعة وما يقصد به الزينة كالحر وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان
ما يقصد به المنفعة يقدر وما يقصد به الزينة لا يقدر وهو قوله الاخر
لان الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد وهي مقصودة من الاحرار واما المنفعة
فمقصودة منهما فلذلك تقدرت لان ما دون النفس من العبد اجري مجرى
الاموال بدلالة انها لا كفارة فيه ولا قصاص ولا تتحمله العاقلة وهو في نفسه جناية
ولو تقدرت بكل حال لتلحق بالجنايات من كل وجه ولو لم تقدر لتلحق بالضمان
الاموال من كل وجه فقدر ما منه ما يقصد منه المنفعة ولم يقدر ما يقصد
به الزينة ليعطى الشبه من الجهتين فاما قوله ان الجناية على العبد فيما دون
النفس لا تتحملها العاقلة لان ضمانه اجري مجرى ضمان الاموال بدلالة انه لا
يلزم فيه قصاص بحال وضمان المال لا تتحمله العاقلة فاما اذا قتل العبد خطأ
فقيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف انه قال
في مال القاتل وروي انه مقدار الدية على العاقلة وما زاد على ذلك
في مال القاتل وجه قولهما ان ضمان النفس في العبد ضمان جناية بدلالة
وجوب القصاص فيها اذا كانت عمداً ووجوب الكفارة فيه فصارت
كالجناية على الحر وجه قول ابي يوسف ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال

لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولان العاقلة لا تتحمل
ما دون النفس فيه فكذلك النفس كالبهايم وعكسه الاحرار والجواب ان الخبر
معناه لا تتحمل العاقلة ما جناه العبد لان المولى اقرب اليه منهم واما قياسه على ما
دون النفس فليس بصحيح لانه لا يتعلق به احكام الجنايات من القصاص والكفارة فلم
يتعلق به حكم التحمل وجه الرواية الاخرى عن ابي يوسف ان مقدار الدية منه
ضمانه ضمان الجناية يتحملها العاقلة وما زاد على الدية فوجوبه من حيث ضمان المال
فلم يتحمله العاقلة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق بين ما يوجب الدية وما يوجب
اقل من الدية فما يقصد به الزينة من العبد وقال في احد حاجبيه نصف
القيمة ومن الانف ما نقص ولا يبلغ به دية حر وذلك لان الجناية على العبد جناية
على مال فلا يجب جميع قيمته بنقصانه كما لا يجب في البهايم وقد قال الحسن في روايته
اذا قطع ذكره او انثييه او اصابع يديه او اصابع رجليه ففيه ما نقصه وهذا
يقتضي ان يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة اذا بلغ جميع القيمة
وجب فيه ما نقص لانه مال فلا يجب بنقصانه جميع قيمته والمشهور من الرواية
في يدي العبد وعينيه جميع قيمته ويخير المولى بين امساكه من غير شي او تسليمه
الى الجاني واخذ القيمة حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل وسيجي بيانه
في اخر هذا الفصل ان شا الله تعالى ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي قوله
فطل الدم على ما قررناه اشارة الى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ودية مسلم
اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية الى الحر ما قال قوله وان
غصب امة قيمتها عشرون فجنت في يده فعليه تمام قيمتها وهذه من مسايل
الجامع الصغير وذلك لان الغصب يرد عليه من حيث انه مال لا من حيث انه
ادمي فعبرة المالية بالغا فيها ما بلغت قوله قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى

ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش
اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه وبطل الفضل اي ما في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له عبد فقطع رجل يد العبد عمدا
ثم اعتقه مولاه فمات العبد منها قال اذا كان للعبد ورثة فلا قصاص على القاتل وان
كان لا وارث له غير المولى فللمولى ان يقتل قاتله وهو قول ابي يوسف ايضا وقال
محمد لا ارى عليه قصاصا على حال وعلى القاتل ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه
وبطل الفضل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانه اذا كان له وارث
اخر لا يجب القصاص بالاتفاق ويجب على القاطع ارش اليد وهو نصف القيمة دية اليد
للمولى لاشتباه المستوفي لانا اذا نظرنا الى حالة القطع فالولي هو المولى لان الجناية
حصلت على ملكه وان نظرنا الى حالة الموت فالولي هو الوارث الاخر لا المولى ومع
جهالة المستوفي لا يمكن استيفا القصاص فيجب على القاطع ارش اليد وهو نصف
القيمة دية اليد للمولى لاشتباه المستوفي لانا اذا نظرنا للمولى لان الجناية
حصلت في ملكه والدية من الادمي نصفه ونقص النقصان الذي حصل بعد القطع
الى يوم العتق لانه نقصان حصل عن جناية مضمونة ويسقط الفضل بالاعتاق
لانه لما اعتقه فقد اخرجه عن ملكه فبطل حكم السراية كمن قطع يد عبد
انسان ثم باعه المولى من انسان اخر ثم سرى الى النفس ثم مات فانه يجب
على القاطع ارش اليد ويبطل السراية فكذا هنا واورد الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا اجتمع المولى والوارث
فلم لا يجب القصاص كما في العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لاخر فقتله
رجل فاجتمع صاحب الرقبة وصاحب الخدمة فانه يجب القصاص فيه قيل له

هذه لا تشتبه ذلك لان في تلك المسألة لصاحب الرقبة ملك ولصاحب الخدمة
حق ايشبه الملك فصار بمنزلة عبد بين شريكين واما ههنا وقت الجناية لم يكن
للوارث فيه حق ثبت فاشتبه المستحق في ذلك فلا يقضي القاضي بالمجهول فالكلام
في الفصل الثاني هو ما اذا لم يكن للعبد وارث اخر سوى المولى فانه يقتص عندهما
ولا يقتص عند محمد والجواب فيه عند محمد كالجواب في المسألة الاولى وهو قوله ان
السبب مختلف لانا لو اعتبرنا حالة القطع فالسبب هو الملك وان اعتبرنا حالة الموت
فالسبب هو الولاء واختلاف السبب بمنزلة اختلاف المستحق ولو اختلف المستحق لا يستوفى
القصاص فكذا هنا ولابي حنيفة وابي يوسف انا تيقنا بولاية الاستيفاء للمولى لانا
ان اعتبرنا حالة الجناية فالولي هو المولى وان اعتبرنا حالة الموت فالولي هو المولى ايضا
بحكم الولاء فكان المستوفي معلوما واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا يمنع الاستيفاء
بخلاف جهالة المستوفي وهذا اذا كان القطع عمدا اما ان كان خطأ فجوابهما كجواب محمد لان
الاعتاق يقطع حكم السراية اذا كان القتل خطأ لتبدل المستحق لان عند وجود
الجناية المستحق هو المولى وعند السراية المستحق هو العبد وتبدل المستحق يقطع
السراية كالبيع بخلاف ما اذا كان القتل عمدا لان ثمة المستحق في الحالين واحد وهو
العبد لان القصاص انما يجب من حيث انه ادمي والعبد من حيث انه ادمي مبقى على اصل الحرية
والمولى انما يستوفي بطريق الخلافة عن العبد فاذا لم يكن له وارث اخر سوى المولى كان المولى
متعينا للاستيفاء بطريق الخلافة وعلى هذا مسألة اخرى ذكرها في الجامع الصغير
مكاتب قتل عمدا وترك وفاء بيدل الكتابة فان كان له ورثة اخرى سوى المولى لا
قصاص على القاتل بالاجماع ويجب على القاتل قيمة المكاتب لجهالة المستوفي على ما ذكرنا
وان لم يكن له وارث سوى المولى لا قصاص على القاتل بالاجماع ويجب على القاتل قيمة المكاتب
لجهالة المستوفي على ما ذكرنا وان لم يكن له وارث سوى المولى وترك وفاء فعلى قول

الرحمه

ابي حنيفة وابي يوسف يستوفي القصاص لان المستوفي واحد وهو المولى وعلى
قول محمد لا يستوفي القصاص لاختلاف السبب وان قتل كما جزء يجب القصاص
ويستوفيه المولى بالاجماع وان كان له ورثة سوى المولى لانه لما مات عاجزا صار رقيقا
فكان ولاية الاستيفاء للمولى على كل حال لذا ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي هذا اذا اعتق العبد بعد القطع
ولو لم يعتق ولكن دبره او كاتبه فاستولدها لم يقطع السراية ويجب نصف
القيمة ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا في الخطاء وان كان عمدا فللمولى
ان يقتص بالاجماع **قوله** والا اقتص منه اي ان لم يكن للعبد المعتق ورثة غير
المولى اقتص من قاطع يده بعد موت العبد **قوله** في الوجه الاول اي فيما اذا
كان له ورثة غير المولى **قوله** وعلى اعتبار الحالة الثانية وهي حالة الموت
قوله وفيه الكلام اي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق القصاص يعني
ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه
فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء **قوله** واجتماعهما لا يزيل الاشتباه اي
اجتماع المولى والورثة لا يزيل ذلك الاشتباه اي اجتماع المولى والورثة لا يزيل
ذلك الاشتباه لان ملك المولى القصاص بالنظر الى حال الجرح وملك الورثة
بالنظر الى حال الموت وعند الاجتماع لا يحصل لكل واحد منهما الملك في الحالين
فلا يعتبر الاجتماع وهذا معنى قوله لان الملكين والحالين **قوله** في
الخلافية اي في المسألة المختلف فيها وهي ما اذا لم يكن للعبد المعتق ورثة
سوى المولى **قوله** لانه الملك اي لان سبب الولاية الملك **قوله** احدى
الحالتين اراد بها حالة الجرح **قوله** على اعتبار الاخرى اي الحالة الاخرى
واراد بها حالة الموت **قوله** فيما يحتاط فيه اي في الامر الذي لا يثبت بالشبهات

يعني القصاص واحتج زفر بما لو قال لآخر لك على الف من قرض فقال المقر له لا بل
من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان المال يتبع فيه البدل ولا اباحه
فلا يبالى باختلاف السبب قوله لان المقضى له معلوم وهو المولى لانه لا وارث
للعبد غيره قوله والحكم متحد وهو القصاص لانه موجب العمد موجب القول
باستيفاء القصاص للمولى لعدم الاشتباه قوله بخلاف الفصل الاول لان
بخلاف ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص لان المقضى له بالقصاص
مجهول لان المولى في حال والورثة في حال كما مر بيانه قوله ولا يعتبر باختلاف السبب
هنا اى فيما اذا لم يكن له ورثة غير المولى لا يعتبر باختلاف سبب ولاية استيفاء
القصاص من الملك والولاء لان المقصود وهو حكم القصاص متحد غير مختلف قوله
بخلاف تلك المسألة اراد بها المسألة التي قاس عليها محمد رحمه الله وهي ما اذا قال
لآخر بعتني هذه الجارية بكذا او قال المولى زوجتها منك لا تحل له وطؤها فاجاب وقال
لا نسلم ان الفرع مثل الاصل لان في الاصل الحكم مختلف كالسبب وفي الفرع
الحكم متحد والسبب مختلف فلم يكونا نظيرين فيفسد القياس بيانه ان الحكم
وهو حل الوطء ضمنا لا مقصودا ثبت تبعا لملك اليمين في صورة البيع وفي النكاح
حكم الحل ثبت مقصودا بالنكاح حتى لم يشرع النكاح في موضع لا يتصور الحل
وفي ملك اليمين يشرع الملك في موضع لا يتصور الحل كالمجوسية والعبد لها
فلما اختلف الحكم لاختلاف السبب لم يحل الوطء قوله والاعتاق لا يقطع السراية
لانه جواب عن قول محمد ان الاعتاق قاطع للسراية يعني لما جعل الاعتاق قاطعا
للسراية كان الاعتاق كالبرء فيبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا جرح فلا يجب
القصاص على القاطع كما اذا كان القطع خطأ فاجاب عنه وقال سلمنا ان
الاعتاق قاطع للسراية لكن لا نسلم انه كونه قاطعا لها الدراية بل الاشتباه من له

الحق

الحق كما في القطع خطأ لانه يشتبه من له الحق اذا مات العبد بعد الاعتاق
لان من له الحق هو المولى وقت الجرح والميت وقت الموت لحريته ولهذا ينفذ له
وصاياه وبعض من الدية دونه فجعل الاعتاق قاطعا للسراية للاشتباه وفي
العمد ليس كذلك لانه لا اشتباه ثمه لان موجبه القصاص والعبد مبقى على اصل
الحرية ولهذا لم يكن لمولاه ان يسفك دمه بلا حق موجب القصاص للعبد اولا
ثم يتولاه مولاه خلافة عنه فاندفع الاشتباه فلم يكن الاعتاق قاطعا
للسراية فاندفع قول محمد ان السراية بقيت بلا جرح قوله واذا امتنع القصاص
عند محمد في الفصلين اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى او لم يكن له ورثة غير المولى
وهو الفصل الاول يجب ارش اليد وما نقص العبد الى وقت العتق وقد مر بيان
ذلك قال الكرخي في مختصره والمدبر والمدبرة وام الولد وابن ام الولد بمنزلة العبيد
في القصاص هو للمولى او للموالى ان كانوا جماعة وذلك لانهم على ملكه الا ترى انه يوجرهم
بحق الملك ويطأ المدبرة وام الولد بحق الملك فصاروا كالعبيد القن قوله قال
ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
قال لعبديه احدكما حر ثم شج رجل العبدين شجة شجة فبينا من ذلك
ثم قيل له اوقع العتق على احدهما فاوقعه على احدهما قال ارش الشجتين للمولى الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان العتق المبهم ليس بنازل في المعين
لانه لو اضيف الى احدهما غير عين وحين وقعت الشجة بقيا مملوكين كما كانا فلهذا
وجب ارشهما للمولى لا لورثتهما قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا بخلاف ما اذا
قتلهما رجل واحد فانه يغرم قيمة عبد ودية حر يعني اذا قتلهما معا ولم يعمل كذلك
في ضمان الشجتين والجاني واحد ايضا والفرق بين قتلهما وشجهما ان البيان انشاء من وجه

والمتبادر وضعه على ما عرف في اصول الفقه وهو ان احدهما اذا مات تعين الباقي
للعتق ولا يصح قوله اردت الميت بالعتق لان الانشاء في الميت لا يصح ولو لم يجبر
العبد ان يجبر المولى على البيان على معنى ان البيان اظهار وتعيين للواقع ولو كان
انشاء من كل وجه لم يجبر لانه لا جبر في الانشاء ثم نقول ان العبدين بعد الشجة يعلمان
لانشاء العتق في حقهما فجعل البيان انشاء ان ايقاعا للعتق ابتدا فكان العبدان
مملوكين حين وقع الشجة قبل ايقاع العتق فكان ارشهما لمولاهما وبعد قتلهما
او موتهما لم يبق محلا للانشاء فجعل البيان اظهارا وتعيينا للواقع وكان احدهما
حرا بيقين وان كانت الحرية غير نازلة في احدهما معينا فان قاتلهما قاتلا للحر
منهما فوجب عليه قيمة عبد ودية حر لان القتل نازل في محل العتق فان
الطرف فليس بمحل للعتق فانما يثبت حكم العتق في الطرف تبعا للعين ولا تثبت
قبل ثبوته في العين من كل وجه بخلاف ما اذا قتل كل واحد من العبدين رجل معا
حيث يجب قيمة المملوكين لعدم التيقن بقتل الحر لانه ينكر كل واحد منهما انه قتل الحر
قال ابو الحسن الكرخي في جامع العتاق من مختصره واذا قال الرجل لامتيه احداكما حرة
ولا نية له لواحدة بعينها فقتلهما رجل جميعا معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحدة
منهما للمولى وعليه نصف دية هذه ونصف دية هذه لورثتهما لانا نعلم انه قد
قتل حرة وامة وان عليه دية وقيمة ولو قتلهما رجلان جميعا كان على كل واحد
منهما قيمة الامة التي قتل فيكون نصف قيمتها للمولى وما بقي من قيمة كل واحدة منهما
لورثتهما فان قتلهما رجلان او قتل واحد احداهما قبل صاحبتها ففي الاولى القيمة للمولى
وفي الثانية الدية للورثة وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رواية
واما لفظ الكرخي رحمه الله وقال الشيخ ابو الحسن القدوري الاصل
في ذلك ان القاتل لا يخلو اما ان يكون واحدا او اثنين وكل واحد منهما على فصلين

اما

اما ان يكون قتلهما معا او احداهما بعد الاخرى فان كان القاتل واحدا
وقتلهما معا فقد علمنا انه قتل حرة وامة والواجب بقتل الحرة الدية
وبقتل الامة القيمة فالقيمة للمولى والدية للورثة وكل واحد منهما تجب ديتها في حال
وقيمتها في حال فيقسم ذلك على اصلنا باعتبار الاحوال واما اذا قتل احداهما
قبل صاحبتها فقد تعينت الحرية في الثانية بقتل الاولى فكانت على
القاتل قيمة الاولى للمولى ودية الثانية للورثة واما اذا قتل كل واحدة منهما
رجل وكان القتل معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها
للمولى لانا لا نعلم من تجب عليه الدية منهما فسقط ايجابها لجهالة المستحق عليه
فتجب القيمة المتيقنة وليس كذلك اذا كان القاتل واحدا لان المستحق عليه
معلوم وانما جهل المستحق وفي مسألتنا المستحق عليه مجهول فلم يثبت عليه الاستحقاق
بالشك وانما انقسمت القيمتان لان المولى مستحق لبدل الاخرى وكل واحد منهما
يستحق في حال ولا يستحق في حال واما اذا كان القتل متفرقا فيغرم القاتل الاول
قيمة المقتول للمولى وقد تعينت الحرية في الثانية فعلى قاتلها الدية لورثتها كذا
ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان لم يجن عليهما احد ولكن
المولى مات قبل الاختيار عتق نصف كل واحدة منهما وسعت في نصف قيمتها
وذلك لانه لما فات البيان بموت المولى شاع العتق الواحد فيهما جميعا لانه
ليس احدهما باولى من الاخرى فلما عتق نصف كل واحدة منهما وجب اخراج النصف
الباقي الى الحرية بالسعاية فان اختار انفاذ عتق عبد الموت على احدهما عتقت يعني
عتق كلها من جميع المال لان البيان مستحق عليه فيصح من جميع المال قوله ولان
القائل بان ثبوت العتق في المجهول عطف على قوله ان البيان انشاء من وجه
وبيانه الفرق ثانيا بين الشجة والقتل يعني ان القائل بان وقوع العتق

في المنكر لعدم فائدة العتق فيه وهي اهلية الولاية من القضاء والشهادات ولكن
صح العتق بناء لان احدهما غير عين ضرورة صحة تصرف المعتق لئلا يلغو كلامه
الذي به امتاز عن سائر الحيوانات وانه ثبت له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم
بطريق البيان بتعيينا الواقع بان يظهر ذلك العتق المبهم في احدهما في واحد منهما
بعينه فلما كان ثبوت العتق في المنكر ثابتا بالضرورة ثم الضرورة تتحقق في حق
النفس لا في حق الطرف لان محل العتق هو النفس لا الطرف وانما يثبت العتق في الطرف
تبعا للنفس لا مقصودا فبقي العبد مملوكا في حق الطرف الذي وقع عليه الشجة على اصل
القياس فكان ارشهما للمولى فافهم **قوله** قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى
دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته
اراد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل
فقأ رجل عينيه فان شاء المولى اخذ من الفاقئ قيمة العبد فاعطاه العبد وان شاء
امسكه ولا شيء له وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء اخذ قيمته واعطاه دفعه
وان شاء امسكه وضمنه ما نقصه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ثم قال
فقأ عينيه اذ اتلفها واستخرجها وقال في مختصر الاسرار اذا فقأ
الغاصب عيني العبد او رجليه او قلع عينيه فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه
جميع القيمة وسلم العبد اليه وان شاء امسك ولا شيء له وقالا ان امسك العبد
اخذ النقصان وقال المخالف يعني الشافعي رضي الله عنه ياخذ العبد وقيمته
وهذه المسألة تسمى مسألة الجثة العمياء وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان
الضمان مقابل بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما لو وردت الجناية على حر
وكما لو قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه حيث يضمن نصف القيمة ويبقى الباقي

على ملكه وكما لو فقأ عيني مدبر فانه يضمن نقصان القيمة ويبقى المدبر على ملكه
ولنا ان الواجب ضمان الجناية كما في النفس ولكن المولى يستحقه بسبب ملكه
وماليته ثم المالية كما تعتبر في حق الذات تعتبر في حق الاطراف ايضا لسقوط
اعتبار المالية في حق الذات وصورا عليه اعني انه لا يقال ان اعتبار المالية
مقصور على الذات فحسب بل المالية في الذات والاطراف جميعا فاذا كان
استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين والعينين لتفويت
جنس المنفعة تمام قيمة المالية فاذا اخذها المولى كان من شرط ذلك تسليم
الجثة الى الجاني لئلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد لانه لا
نظير له في الشرع بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لان ضمان الجناية وليس فيه
معنى المالية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وبخلاف ما اذا قلع احدى
عيني العبد او قطع احدى يديه لان الفائت هو النصف والباقي هو النصف
ولم يوجد تفويت جنس المنفعة فلم يجتمع البدل والمبدل والجواب عن المدبر
ان الشرط الذي قلنا من تسليم الجثة تعذر لان المدبر لا يقبل النقل من ملك
الى ملك وقال في مختصر الاسرار ولا يلزم اذا كان العبد مدبرا حيث ياخذ
جميع قيمته مع بقائه على ملكه لان محمدا ذكر انه لا يجب هناك قيمة البدن
وانما ياخذ ضمان النقصان واحتج ابو يوسف ومحمد بان العبد مال والمعتبر
في ضمانه معنى المالية وصاحب المال في النقصان الفاحش بالخيار ان
شاء سلم العين واخذ قيمته وان شاء امسكه وضمن النقصان فكذلك هنا
وهذا لان الضمان مقابل بالعينين لكن الرقبة بذلك صارت هالكة من وجه
وهي قائمة من وجه فان مال الى الهلاك ضمنه القيمة وسلم العين اليه لئلا ياخذ
عوض الرقبة مالكا للرقبة حكم الهلاك وان شاء مال الى القيام فامسكه

وضمنه النقصان وهو بدل العينين في المماليك فلهذا قال محمد رحمه الله ان
الجثة العمياء تؤخذ قسطا من المأخوذ بالعينين يعني ان ارش العينين وهي القيمة الكاملة
بدل من العينين والجثة جميعا حتى انه اذا استوفى كمال القيمة لم تسلم له الجثة فلما
كان بدلا عنهما جميعا كان بالخيار ان شاء اخذ الكل وازال الملك من الاصل
وان شاء استبقى الملك في الاصل وضمنه النقصان كما اذا احرق ثوب الغير
حرقا فاحشا ولابي حنيفة ان الواجب ضمان المالية مع اعتبار معنى الآدمية
لان العبد وان كان مالا ليس معنى الآدمية في ذاته وفي اطرافه بمهدر ولهذا لو
قطع عبد يد عبد آخر يؤمر مولى الجاني بالدفع او الفداء والدفع من
احكام الآدمية ولو كان معنى الآدمية في الطرف مهدرا لم يؤمر بالدفع بل
وجب بيع رقبة الجاني في الجناية لان موجب جناية العبد في المال ذلك فاذا
كان في العبد معنى المالية ومعنى الآدمية اعتبر المعنيان جميعا فالضمان
باعتبار معنى الآدمية لا يتوزع على الفائت وعلى الباقي بل يكون مقابلا
بالفائت لا غير كما في عيني الحر ويقتضي ذلك امساك الجثة مع اخذ كل
القيمة كما قال الشافعي والضمان لمعنى المالية يتوزع على الفائت وعلى الباقي ويقتضي
ذلك امساك الجثة مع اخذ النقصان وهو الذي وجب بمقابلة فوات الاجزاء
كما لا نوفر على الشبهين من المالية والآدمية حظهما فقلنا اذا اخذ
قيمة العينين دفع الجثة الى الجاني رعاية لمعنى المالية لئلا يجتمع البدل والمبدل
في ملك واحد لانه اخذ كمال القيمة وليس له اذا امسك الجثة ان ياخذ كمال
القيمة لهذا المعنى وان ياخذ النقصان ايضا وهو ما دون القيمة لان للعينين
ارشا مقدرا وهو كمال القيمة فامتنع الرجوع بالنقصان بخلاف ثياب
الاموال فانه ليس له ارش مقدر فامكن الرجوع بالنقصان فالحاصل انهما

قال

قالا الغاء معنى الآدمية واعتبار معنى المالية لان مالك المال بالخيار ان شاء سلم
العين واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها ورجع بالنقصان كما في الحرق الفاحش
وفيما قال الشافعي اعتبار معنى الآدمية والغاء معنى المالية لانه يقول ياخذ كمال
القيمة مع امساك الجثة وفيما قال ابو حنيفة اعتبار المعنيين جميعا فكان ما قاله اولى
قوله يجب ان يملك الجثة اي يملك الجاني جثة العبد المجني عليه **قوله**
وفي الاطراف ايضا اي معنى الآدمية ليس بمهدر في اطراف العبد كما انه ليس بمهدر
في ذات العبد **قوله** من احكام الاولى اي من احكام الآدمية ان لا ينقسم الضمان
على الفائت وعلى الباقي بل يكون بمقابلة الفائت ولا يتملك الجثة كما في عيني الحر
قوله ومن احكام الثانية اي من احكام المالية ان ينقسم الضمان على الفائت
وعلى الباقي ويملك الجثة فان قيل لم اراد صاحب الهداية بالاولى الآدمية
والمالية مذكورة قبل الآدمية قلت انما فعل كذلك لانه ذكر دليل الشافعي
اولا وهو اعتبر معنى الآدمية ثم ذكر دليل ابي يوسف ومحمد وهما اعتبرا المالية
فكان وضع الاولى والثانية في موضعهما **فصل في جناية المدبر
وام الولد** لما ذكر جناية القن والجناية عليه وهو اصل في المملوكية
ذكر بعده جناية من هو انقص في المملوكية وهو المدبر وام الولد **قوله** قال
واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها اي ارش
العمد ولم يخصص قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره جناية المدبر على سيده
وعلى ماله دون عاقلته حالة فان قتل المدبر رجلا خطأ او جنى عليه فيما دون
النفس فذلك كله على المولى في قيمة المدبر يكون عليه الاقل من قيمته ومن ارش جنايته
لا يلزم المولى بجناية المدبر اكثر من قيمة واحدة مرة واحدة وان كثرت الارش
وجاوزت المائة الف يشترك من جنى عليه المدبر اولا واخرا تقادم ما بين

او تفاوت سواء كانت على المولى لم يبق منه او كانت قيمته يتضاربون
في القيمة بقدر ما لكل واحد منهم من ارش جنايته كما بينت لك انهم يتضاربون
في رقبة العبد الجاني اذا اختار المولى دفعها الى اولياء الجناية الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله والدليل على ان جناية المدبر على المولى ما ذكره محمد في الجنايات ان ابا
عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وذلك بحضرة من الصحابة من غير خلاف
وقد كان ابو عبيدة امير الشام وقضاياه تظهر بين الصحابة وذكر عن عمر بن عبد
العزيز وابراهيم مثل ذلك ولان المولى صار مانعا من تسليمه بالجناية بالتدبير من غير
اختيار فكانه دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما لزمه الاقل من ذلك لان الارش ان
كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان الاكثر من القيمة لم يتلف
المولى بالتدبير الا الرقبة فلزمته قيمتها لا اكثر قال القدوري في شرحه وكذلك الحكم في
جناية ام الولد لهذا المعنى وانما لزمته في جميع الجنايات قيمة واحدة لان المنع منع
واحد والضمان يتعلق به فكان الجنايات اجتمعت ثم دبر وانما يتضاربون بالقيمة
لان كل واحد منهم يستحق بقدر جنايته فيضرب بذلك وقال القدوري في كتاب
التقريب قال ابو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر وام الولد بالجناية مدبرا وقال زفر
يضمن قيمته عبدا وروى ابن ابي مالك عن ابي يوسف مثله لابي يوسف ان
النقص الحاصل بالتدبير تقدم الجناية فلا يعتد به على المولى كما لو كان قطع يده
ولزفر ان المولى بالتدبير مانع من تسليمه فكانه جنى ثم دبر قوله بخلاف القن
يعني ان المولى يتخير في جناية العبد القن بين الدفع او الفداء وان كان الارش اكثر
لعدم تعين الاكثر والاقل والاكثر من قيمته ومن الارش لانه لا فائدة في التخيير
لان المدبر لما امتنع دفعه لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك تعين الاكثر
والاقل لكون القيمة والارش مثلين من جنسها بدل قوله ويعتبر قيمته لكل

واحد

واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق ذكره تفريعا على
مسئلة المختصر شانه فيما قال الكرخي في مختصره فيعتبر قيمة المدبر لكل واحد
منهم يوم جنى عليه ولا يعتبر القيمة يوم التدبير فاذا قتل قتيلا خطا وقيمته
يوم قتله الف ثم زادت قيمته فصارت الفا وخمسمائة ثم قتل آخر فان لولي
الجناية الثانية ان ياخذ من المولى خمسمائة فضل القيمة فيحتسب ذلك عليه من
ارش جنايته ثم يقتسم الباقي وهو الف على تسعة وثلثين جزءا لان الثاني
قبض خمسمائة فيحتسب عليه من الدية فبقي له تسعة آلاف وخمسمائة فيضرب
بما بقي له وللاول الدية كاملة فيكون تسعة آلاف وخمسمائة تسعة عشر
جزءا لكل خمسمائة جزء فيكون للاول عشرة آلاف وهي عشرون جزءا لان له
الدية ولم يقبض منها شيئا فيكون الالف الباقي على تسعة وثلثين جزءا وكذلك
لو كان المولى دفع قيمة المدبر الى الاول خمسمائة ثم جنى على آخر وقيمته الف فان
المولى يدفع خمسمائة فضل القيمة للثاني ثم يتبع الثاني الاول فيما في يده فيكون
بينهما على تسعة وثلثين والنقص في هذا وغير النقص سواء الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله قوله فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي
الجناية الاولى بقضاء قاض فلا شيء عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى فيشاركه فيما اخذ وذلك
لان الضمان لزم المولى لاجل المنع الذي حصل منه في الرقبة وهو منع واحد
فصار كان الجنايات كلها اجتمعت ثم دبر فلا يلزمه الا قيمة واحدة ويتعلق
حق جميعهم بها فاذا دفعها الى الاول بقضاء فقد زالت يده عنها بغير
اختياره فلا يلزمه ضمانها وللثاني ان يتبع الاول لانه قبض ما تعلق حقه
به كالوصي اذا دفع التركة الى الغرماء ثم ظهر غريم آخر فانه يشاركهم فيما

قبضوا ولم يرجع على الوصي لذلك ههنا **قوله** قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء

فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى لما قال القدوري

في مختصره وتمامه في فيه فان اتبع المولى فله ان يرجع على ولي الجناية الاولى وذلك لان

المولى سلم الى الاول ما تعلق حق الثاني به فكان الثاني بالخيار في تضمين ايهما شاء

فان ضمن المولى رجع على ولي الجناية الاولى لانا بينا انه دفع اليه ما ليس بحق له

فكان له الرجوع به وهذا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يتبع ولي الجناية

الثانية الاول ولا سبيل له على المولى سواء دفع بقضاء او بغير قضاء لان المولى

دفع الى الاول ولا حق للثاني فلم يكن متعديا في الدفع فلا يلزمه الضمان **قوله** وهذا

اشارة الى كون المولى جانيا بدفع قيمة المدبر الى الاول حيث دفع حق الثاني طوعا لان

الجناية الثانية وان كانت متاخرة من الجناية الاولى فهي مقارنة مع الجناية

الاولى من حيث الحكم ايضا من قبل اعتبار قيمته في حق الجناية الثانية حين وقوعها

فلما كان كذلك جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه

ابطل ما تعلق حق الثاني به ولم يجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع

فلا يشبه المقارنة والتاخير **قوله** واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات

لم تلزمه الا قيمة واحدة ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره

ولو اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة وعتاقه وغير

عتاقه سواء وهو على ما قدمته لك لانه لا شيء من الجنايات في رقبة المدبر **قوله**

وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في

مختصره وجناية ام الولد على المولى وهي في جميع ما ذكرت لك بمنزلة المدبر الى هنا

لفظ الكرخي وذلك لان حق الحرية يتعلق برقبتها كالمدبر ولان المولى منع من تسليمها

بالاستيلاد السابق من غير اختيار **قوله** واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره

ولا الزمته به شيء عتق او لم يعتق ذكره على سبيل التفريع ايضا قال القدوري في

شرح مختصر الكرخي انما يعني به جناية الخطا لانها لازمة لمولاه فاقراره على

المولى لا يتعلق به حكم ولم يذكر القدوري جناية المكاتب ونحن نذكر ما يتعلق

بهذا الموضع قال الكرخي في مختصره وجناية المكاتب على نفسه دون سيده

ودون العاقلة يحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش جنايته الى هنا لفظ الكرخي

وذلك لان اكساب المكاتب لنفسه فكانت جنايته عليه كالحر ولانه هو المانع

من تسليم رقبته في الجناية بقبوله الكتابة فصار كالمولى المانع لتسليم المدبر بالتدبير

فاذا لزم جناية المدبر المولى لزم جناية المكاتب المكاتب ولا يقال ان المولى

هو المانع بعقد الكتابة كما منع بالتدبير لان نفس العقد لا يمنع الدفع اذا حصل

العجز وانما يمنعه البقاء عليه وذلك لحق المكاتب وانما لزمه الاقل لان الارش

اذا كان هو الاقل فلا حق للولي في الزيادة واذا كانت القيمة اقل لم يمنع المكاتب

ما زاد عليها فلا يلزمه ما لم يمنع قال الكرخي فاذا حكم الحاكم عليه صار دينا

عليه وسقطت عن رقبته وما لم يحكم الحاكم فهو في رقبته لو عجز بعد الحكم باعه

الحاكم في دينه وان عجز قبل الحكم قيل للمولى ادفعه او افده بارش الجناية

فاما اذا حكم فهي دين عليه يؤديها من كسبه ما دام في الكتابة فان عجز

بيع في ذلك الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا قول اصحابنا ان

جناية المكاتب تتعلق برقبته وقال زفر تتعلق بذمته لنا ان رقبته يجوز

تسليمها في الجناية لو عجز المكاتب فتتعلق الجناية بها كرقبة العبد وجه

قول زفر ان رقبة المكاتب لا يصح فيها التمليك فصار كالحر والمدبر فلا تتعلق

الجناية برقبته وفائدة هذا الخلاف ان المكاتب اذا عجز قبل انتقال الجناية

من رقبته قيل للمولى ادفعه او افده وقال زفر يباع والارش يتعلق فقولنا ان

الجناية في الرقبة وقد امكن فيها الدفع فصارت كجناية العبد وعلى قوله
الجناية في الذمة فيباع فيها اذا عجز كما يباع في الديون وظهر الخلاف ايضا
في المكاتب اذا جنى قبل القضاء عليه بالجناية حتى عليه قيمة واحدة لان الجناية
الاولى متعلقة برقبته ولذلك الثانية فتتضايق الرقبة عنهما فلزمته قيمتهما
كجنايتي العبد وعلى قول زفر يحكم في كل جناية بقيمة لانها تجب عنده في
الذمة والذمة لا تتضايق واذا ثبت ان جناية المكاتب تتعلق برقبته لم
تنتقل الى ذمته الا باحد معان ثلثة اما ان يحكم الحاكم بارشها عليه او
بان يصطلحوا على الارش او يموت ويترك مالا او ولدا وذلك لانه قد كانت
الجناية موقوفة الحكم لجواز ان يعجز فيدفع او يعتق فيتعذر الدفع ويجب
الارش فاذا قضى القاضي بالارش فقد حكم باحدى جهتي المراعاة وابطل
الجهة الاخرى ولذلك اذا اصطلحوا لان الصلح يوجب البدل في الذمة
فينتقل الجناية عن الرقبة فاما اذا مات وترك وفاء فقد حكمنا بعتقه
في اخر جزء من اجزاء الحيوة وذلك يمنع من دفع الرقبة فينتقل الحق الى
الذمة ولذلك اذا اعتق في حال الحيوة لهذه العلة ولذلك اذا ترك ولدا
لان الولد قام مقامه ويتعذر دفع الرقبة بالموت وقال الكرخي ايضا واذا
جنى المكاتب جنايات جناية بعد جناية قبل ان يحكم عليه بشيء ثم رافعوه الى
الحاكم حكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش الجنايات التي ذكرتها الى هنا
لفظ الكرخي وهذا على ما قدمنا ان الجنايات تتعلق برقبته فتتضايق عنها
وقال الكرخي ايضا فان جنى جناية فحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارشها
ثم جنى جناية اخرى فخوصم فيها فان الحاكم يحكم عليه ايضا بالاقل من قيمته ومن
ارش الجناية الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانه لما حكم بالاولى نقلها من الرقبة

الى الذمة فصادفت الجناية الثانية الرقبة فارغة فتعلقت بها كالاولى وقال
الكرخي وينظر الحاكم الى قيمة المكاتب يوم جنى في كل جناية يرفع اليه فيها ولا يعتبر
زيادة القيمة بعد الجناية ولا نقصانها على ما ذكرت لك في المدبر وقال
الكرخي ايضا واذا اقر المكاتب بجناية خطأ لزمته وحكم الحاكم بها عليه الى هنا
لفظه وذلك لان جنايته مستحقة من كسبه وهو احق بالكتابة فنفذ اقراره
كالحر وقال الكرخي وان لم يحكم حتى عجز بطلت وذلك لان الاقرار صار لازما
للمولى الا ترى ان الجناية لو ثبتت لزم المولى الدفع او الفداء فلم يجز اقرار المكاتب
في حق غيره وقال الكرخي ايضا وان عجز بعد الحكم بطلت ايضا
عنه عند ابي حنيفة واما في قول ابي يوسف ومحمد فلا تبطل وهي دين يباع فيها
الى هنا لفظه لابي حنيفة ان المكاتب فيما لم ينقض الكتابة الا ان عجزه بان علم
حجر بدلالة الفسخ في الكتابة لا يصح الاقرار بالجناية فكان محجورا عليه
في الاقرار وانما الزمناه ذلك لثبوت حقه في الكتابة فاذا عجز زال
هذا المعنى فبطل ما تعلق بالاقرار وجه قولهما ان الحاكم لما حكم عليه صارت
الجناية دينا في ذمته فلا تبطل بعجزه كما لو اقر بدين ثم عجز وقال الكرخي
فان اقر بجناية فلم يحكم الحاكم بها حتى ادى فعتق صارت دينا عليه حتى عتق
الى هنا لفظه وذلك لان جنايته تلزمه في الكتابة ولا يلزم المولى فتاكد بعتقه
كالديون التي يعترف بها وليس كذلك العبد يقر بالجناية ثم يعتق لان
جنايته على مولاه ومن اقر بحق على غيره لم يلزم في نفسه كذا ذكر القدوري
في شرحه

باب غصب العبد والمدبر

والجناية في ذلك اي في العبد والمدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا
الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم

عصب الصبي قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من
القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك
في يد الغاصب لا شيء عليه اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الغصب من اسباب
الملك عندنا لان المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى اول الغصب
فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية
كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كانه غصب عبدا اقطع اليد ومات
عنده واورد ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة
المولى فلم لا يجعل كان المولى قتله فلا يجب عليه شيء قيل له الغصب صار فاصلا
بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار في حكم الغاصب
كان العبد مات بآفة سماوية الا ترى ان رجلا لو قطع يد عبده ثم باعه
فمات في يد المشتري مات من مال المشتري لان قبض المشتري صار فاصلا
بين القطع والهلاك فكذلك هذا واما اذا قطع المولى يده في يد الغاصب فمات
من ذلك برئ الغاصب من الضمان لان المولى صار مستردا للعبد لاستيلائه
عليه بالقطع ثم لم يوجد ما يبطل قطع السراية عن الجناية كالمشتري اذا قطع
يد العبد قبل القبض يصير قابضا وفي الفصل الاول لم يصر مستردا لان
القطع كان قبل الغصب **قوله** لانه استولى عليه اي لانه لما كان المولى
مستردا للعبد من الغاصب في الحال لانه استولى على العبد بالقطع والاستيلاء
استرداد **قوله** قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات
في يده فهو ضامن اي قال في الجامع الصغير وهذا اذا كان الغصب ظاهرا
فيضمن في الحال ساعة لان افعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره
لا يجب الا بعد العتق لذا قال العيني او الليث وذلك لان الرق يوجب الحجر في

الاقوال

الاقوال دون الافعال وان اقر العبد المحجور بحد او قصاص لزمه في الحال
لانه مبقى وذلك على اصل الحرية وقد مر ذلك في كتاب الحجر **قوله** قال ومن
غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر لرجل غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم رده على
المولى فجنى عنده جناية اخرى قال على المولى قيمته نصفان بين ولي الجنايتين
ثم يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فيأخذه فيدفعه الى ولي الجناية الاولى
ثم يرجع به على الغاصب فيأخذ منه ايضا وقال محمد يرجع المولى على الغاصب
بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى الاول فان كان جنى عند المولى اولا ثم غصبه
رجل فجنى عنده جناية قال على المولى قيمته نصفين بين ولي الجنايتين ثم يرجع
بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به في قولهم جميعا الى
هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وينبغي ان يكون وجوب القيمة على
المولى اذا كانت القيمة اقل من الارش لان جناية المدبر انما يلزم الاقل منهما
على المولى فنقول بعد ذلك انما وجب على المولى قيمة المدبر بين ولي الجنايتين
نصفين لانه بالتدبير السابق صار مانعا لدفع المدبر لانه لا يقبل النقل من
ملك الى ملك على وجه لم يصر مختارا للفداء لانعدام العلم بالجناية توجد
في المستقبل حين دبر فلزمته القيمة عليه بينهما لان العبد لو كان محل
الدفع ما كان يلزمه الا دفع واحد فعند تعذر الدفع لا يلزمه الا قيمة
واحدة فيعطي نصف القيمة لولي الجناية الاولى ونصفه لولي الجناية الثانية
وقد تعلق حق ولي الجناية الاولى بنصف القيمة لان حقه كان في كل القيمة
لانه حين جنى اولا كان فارغا عن الجناية الثانية فاستحق ولي الجناية

الاول كل القيمة وقد وصل اليه النصف وبقي حقه في النصف الاخر وحق ولي
الجناية الثانية بنصف القيمة لا غير لانه جنى جناية ثانيا كان مشغولا بالجناية
الاولى ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة ويدفعها الى ولي الجناية الاولى كما لا
حقه ثم يرجع المولى به على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في
ضمان الغاصب ولم يسلم له فصار كانه لم ياخذها من الغاصب واذا رجع بالنصف
على الغاصب ثانيا سلم للمولى ذلك لانه وصل الى اولياء الجناية تمام حقهم وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة اول
مرة يسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان ما رجع به على الغاصب عوض ما
دفع الى ولي الجناية الاولى لانه انما ضمن نصف القيمة لولي الجناية الاولى لجناية
كانت في ضمان الغاصب فلو دفع اليه ما رجع به على الغاصب يجتمع العوض والمعوض
في ملك ولي الجناية الاولى وهذا لا يجوز وجوابهما ما قال فخر الدين قاضي خان
ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من
العبد فيما بين المولى والغاصب فاما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن
العبد بل يعتبر بدلا عن الميت وقد يكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون
بدلا عن شيء اخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم
يجوز ويكون الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا هنا
هذا اذا كانت الجناية الاولى عند الغاصب والجناية الثانية عند المولى
فان كانت الجناية الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية
اخرى فان المولى يدفع قيمته الى وليي الجنايتين نصفين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة ويدفع الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب مرة اخرى
وهذا بالاجماع والفرق لمحمد انه يدفع ما رجع به على الغاصب الى ولي الجناية

الاول

الاول وفي المسألة الاولى لا يدفعه اليه بل يسلم ذلك للمولى عنده ان ما رجع به على
الغاصب هنا ليس عوض ما ضمن لولي الجناية الاولى فلو دفع الى ولي الجناية الاولى لا
يؤدي الى تكرار الاستحقاق فيلزم الجمع بين العوض والمعوض في ملك واحد
فلا يجوز فلهذا اسلم ما رجع به على الغاصب للمولى والفرق لهما في عدم الرجوع على
الغاصب ثانيا هنا وفي الرجوع ثانيا في المسألة الاولى ان ولي الجناية الاولى
استحق هذا النصف بسبب كان في ضمان المولى لا في ضمان الغاصب فلهذا لم
يرجع على الغاصب ثانيا بخلاف الفصل الاول فان ولي الجناية الاولى استحق هذا
النصف بسبب كان في ضمان الغاصب فلهذا رجع عليه ثانيا وسائر ضمه المدبر
مذكور في باب البيع الفاسد **قوله** كما بينا في الفصل الاول يعني فيما اذا جنى المدبر
في يد الغاصب ثم في يد المولى **قوله** غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية
الثانية الى اخره دفع على الاستثناء ذكره فرقا لمحمد بين المسألة الاولى
والثانية اذ في الاولى كان يسلم النصف الذي رجع به على الغاصب للمولى عند محمد
وفي الثانية لا يسلم له بل يدفعه الى ولي الجناية الاولى والفرق ما ذكرناه انفا
قوله ولا يرجع به على الغاصب اي لا يرجع المولى مرة ثانية بالنصف الذي
رجع به على الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى **قوله** وهذا بالاجماع
اي عدم رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانية بالاجماع بخلاف المسألة
الاولى فان فيها كان يرجع المولى عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف مرة ثانية
وههنا جاز الحق والفرق ما ذكرناه انفا ثم اعلم ان العبد ذكر
في كتاب العروس قول ابي حنيفة وحده وذكر قول زفر وابي يوسف
مع محمد **قوله** ثم وضع المسألة في العبد اي وضع محمد في الجامع الصغير
مسألة العبد الفرد وهي ان رجلا غصب عبدا فقتل العبد عنده قتيلا

خطأ ثم رده الى مولاه فقتل عند المولى رجلا خطأ فدفعه مولاه الى وليي
الجنايتين فانه يرجع على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفع ذلك الى ولي الجناية
الاولى والفرق ما ذكرناه آنفا قوله ولا يرجع به على الغاصب اي لا يرجع المولى بنصف ثانيا
بالنصف الذي رجع به على الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى قوله وهذا بالاجماع
اي عدم رجوعه ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمة اخرى ويسلم له هنا وقال
محمد رحمه الله ما اخذ المولى من الغاصب من نصف قيمة العبد بعد دفع العبد يسلم
له ولا يدفع الى ولي الجناية الاولى ولو غصب عبدا كان قتل عند مولاه
رجلا خطأ ثم قتل عند الغاصب قتيلا خطأ ثم رده على مولاه فان
المولى يدفعه بالجنايتين ويرجع على الغاصب بنصف القيمة ويدفعه الى ولي
الجناية الاولى في قولهم جميعا ثم لا يرجع على الغاصب بشيء بعد ذلك والحاصل ان
الجواب في العبد القن كالجواب في العبد المدبر في الاتفاق والاختلاف سوى
ان في المدبر يدفع القيمة لانه لا يحتمل النقل من ملك الى ملك وفي القن
يدفع نفس العبد فافهمه قوله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين
اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر غصبه
رجل فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ايضا فجنى عنده قال يغرم
مولى المدبر قيمة واحدة بين وليي الجنايتين ثم يرجع بقيمته على الغاصب
فيأخذها فيدفع نصفها الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بنصف القيمة على
الغاصب وانما غرم المولى قيمة واحدة ثم يرجع بجميع ما ضمن على الغاصب لانه انما
ضمن بسبب جناية كانت في ضمان الغاصب فاذا رجع بذلك دفع نصف ذلك
الى ولي الجناية الاولى لان حقه كان في جميع القيمة وانما وصل اليه النصف لمزاحمة

الثاني

الثاني فاذا وجد شيئا من قيمة المدبر فارغا عن المزاحمة اخذه ثم يرجع المولى
على الغاصب بهذا النصف ثانيا لانه استحق عليه بسبب كان في ضمان الغاصب
ويسلم للمولى هذا النصف لانه وصل الى ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو كل القيمة
ولذا وصل الى ولي الجناية الثانية تمام حقه من قيمة المدبر لان حقه كان في النصف
وقد وصل اليه النصف قوله وقد وصل ذلك اليه اي وصل النصف الى ولي
الجناية الثانية قوله ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالاولى يعني قال
بعض المشايخ ينبغي في هذه المسألة خلاف محمد ايضا كما في المسألة الاولى حتى
يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذه ولي الجناية الاولى بحقه
قوله وقيل على الاتفاق يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية
الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب وهذا هو
الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا اورد
هذه المسألة بلا خلاف فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير
وعلى هذا احتاج محمد الى الفرق بين المسألتين والفرق ما ذكره في المتن وهو
ان في المسألة الاولى لو اخذ ولي الجناية الاولى لزم تكرار الاستحقاق
لان ما رجع به المولى على الغاصب عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى لان
الجناية الثانية كانت في يد المولى فلاجل هذا اسلم ذلك للمولى كيلا
يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وفي هذه المسألة يمكن ان
يجعل ذلك عوضا عن الجناية الثانية التي وقعت في يد الغاصب
فلا يؤدي الى تكرار الاستحقاق قوله لان الجناية كانت في يد المالك
اي الجناية الثانية كانت في يد المولى قوله فلا يؤدي الى ما ذكرنا اي
الى تكرار الاستحقاق قوله قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده

فجأة أو بحمى فليس عليه شيء وإن مات من صاعقة أو نهشة حية فعلى عاقلة
الغاصب الدية أي مال في الجامع الصغير وإذا غصب الصبي أخذه بسبيل
التعدي لأن حقيقة الغصب وهو أخذ مال الغير بسبيل التعدي لا يكون
إلا في المال لا في غيره وقال زفر والشافعي لا يجب شيء وهو القياس وجه القياس
أنه لو وجب الضمان لوجب بالغصب ولا يتحقق الغصب في الحر فلا يضمن كما
إذا لو مات فجأة أو مات بحمى وفي هذا لا يجب الضمان إذا غصب مكاتبا صغيرا
لكونه حرا يدا وإن لم يكن رقبة فلأن لا يجب الضمان في الصبي الحر أولى لأنه حر
رقبة ويدا وجه الاستحسان أنه لا يجب عليه الضمان من حيث أنه غصب لأنه لا يتحقق
في الحر وإنما يضمن من حيث أنه إتلاف لأنه ألقى الصبي تسبيبا والمسبب يضمن
إذا كان متعديا وهو متعد لا شك فيه لأنه أخذه بلا إذن الولي وتسبب
في إتلافه بالنقل إلى المسبعة ومكان الصواعق وهذا لأن السباع والصاعقة
لا تكونان في كل مكان فيكون ضامنا بخلاف ما إذا مات فجأة أو بحمى لأن ذلك
لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع وبيء وهو مخصوص بالحمى
والأمراض قالوا ينبغي أن يضمن والجواب عن مسألة الكتاب المعتبر أن
المكاتب في يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا ولهذا لا يزوجه أحد فصار
كالحر الكبير فلم يكن في يد الغاصب والصبي الحر ليس له يد ولهذا يزوجه
وليه فكان في يد الغاصب فظهر الفرق وإنما وجب الدية على العاقلة
لأنه قتل تسبيبا ولو قتل الصبي رجلا لم يكن على الذي غصبه
شيء لأنه مختار رضه والذي غصبه ليس بسبب في ذلك فلا يضمن شيئا
وإذا حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال له امسكها وليس منه بسبيل فسقط
الصبي عن الدابة فمات فالرجل ضامن الدية على عاقلته سواء كان ممن يركب

مثله

مثله أو لا يركب لأن الحامل سبب لقتله لأنه لولا حمله لما سقط وهو متعد
في ذلك إذ لم يكن بسبيل منه شرعا والمسبب كالمباشر في هذا الباب
إذا كان متعديا أما إذا حملها على البعير ولو ساد الصبي فأوطأ إنسانا فقتله
وهو يسير على الدابة يستمسك على الدابة فدية القتيل على عاقلته لأنه
أحدث التسيير بغير أمر الرجل بدليل أنه مختار في تسيير الدابة وهذا
شيء حدث بسير الدابة وهو مضاف إلى الصبي لا إلى الحامل لأن الحمل ليس
بسبب لسير الدابة ولو كان سببا فقد اعترض عليه فعل فاعل مختار
وانقطع نسبة أثر التسيير منه ولو كان الصبي لا يستمسك على الدابة
ولا يسير الدابة فدم القتيل هدر لأن سير الدابة لا يضاف إليه ولا
إلى الحامل فصار كقتيل الدابة فيهدر دمه ولو كان الصبي مستمسكا
عليها أو غير مستمسك فسار الدابة فوقع الصبي وهو يسير فمات
فديته على عاقلة الذي حمله على الدابة لأن السقوط من مسببات الحمل سواء
سارت الدابة أو لم تسر فنسب إلى الحمل بشرط التعدي وإذا حمل الرجل
صبيا مع نفسه على دابة ومثله لا يصرف الدابة ولا يستمسك
عليها فوطئت الدابة إنسانا فقتلته فالدية على عاقلة الرجل لأن سير
الدابة مضاف إلى الرجل والصبي بمنزلة حمل عليه وتجب عليه الكفارة لأنه بالسير
يستعمل رجل الدابة في السير فصار رجل الدابة كرجله فكأنه وطئ برجل نفسه
ولو كان كذلك يكون قاتلا بطريق المباشرة ملزمة الكفارة كذا هنا
وإن كان الصبي ممن يصرف الدابة ويسير عليها ويستمسك فالدية على
عاقلتهما لأنه حينئذ يكون سير الدابة مضافا إليهما حدث بسبب
السير يكون عليهما ولا يرجع به على عاقلة الرجل لأنه مختار في فعل التسيير

ليس بمحول من جهة الرجل كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي في باب جناية الصبي يقال هشمته الحية هشما اذا عضته وهو بالسين
المعجمة والمهملة جميعا **قوله** قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته
الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قد اودع صبيا قد عقل
طعاما فاكله قال لا ضمان عليه وان اودعه عبدا فقتله قال هو ضامن
لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهو قول محمد وقال
ابو يوسف الصبي ضامن للطعام ايضا وهو قول الشافعي بقول ابي يوسف قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ودلت المسئلة على ان
الاختلاف في الصبي الذي يعقل فاما الذي لا يعقل فيجب ان يضمن بالاجماع
لان تسليطه هدر وفعله معتبر والاختلاف ثابت في العبد المحجور
ايضا وهو ان يستهلك سنة مثله والاختلاف في الايداع والاعارة
والقرض والبيع وكل جهة من وجوه التسليم اليه واصل ذلك ما قال فخر الاسلام
وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة ومن اودع
عند صبي مالا فهلك عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبي
فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا في التجارة ضمن عندهم جميعا وان كان
محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير
اذن وليه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك
وعند ابي يوسف يضمن في الحال واجمعوا انه لو استهلك مال الغير من غير
ايداع ضمن واجمعوا انه اذا كانت الوديعة عبدا فجنى عليه في النفس او فيما دون
النفس يؤاخذ به ويخاطب مولاه بالدفع او الفداء كذا في شرح الطحاوي وجه

قول

قول ابي يوسف انه اتلف مالا معصوما حقا لمالكه بغير اذنه فيضمنه لان الصبي
المحجور والعبد المحجور يؤاخذان بافعالهما وان لم يؤاخذا باقوالهما والاستهلاك
فعل يوجب الضمان وهذا لان الاستهلاك فعل حسي وجبت المؤاخذة لانه
لا مرد للافعال الحسية وانما يكون ذلك في التصرفات الشرعية فكان
المحجور وغير المحجور سواء وهذا اذا كانت الوديعة عبدا او امة فاتلفه
يضمن بالاتفاق ولذلك يضمن اذا كان ماذونا في التجارة ولابي حنيفة ومحمد
ان المالك سلطه على الاتلاف والاستهلاك فاذا اتلفه كان بتسليط المسلط
المالك عليه فلا يجب الضمان لان التسليم اليه واثبات يده عليه تسليط
على ما يناله باليد وليس التسليط الا اثبات اليد على ما يناله باليد
وصار كما اذا اباحه وشرط العقد بالحفظ باطل لعدم ولاية المودع
على المحجور فبقي التسليط مطلقا عن قيد الشرط فلا يجب الضمان
بخلاف الماذون له في التجارة فان الاذن بالتجارة اذن بقبول العبد اذ لا
بد للتجارة من قبول الوديعة فاذا صح قبول الوديعة صح التزام الحفظ
فيجب الضمان بترك الحفظ وليس كذلك مسئلة العبد والامة فان
القتل لم يحصل بتسليط من المالك لان اثبات اليد على رقبته
وحيوته باطل لان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم ثم في قتل
العبد تجب الدية على عاقلة الصبي لان دم العبد يعقل عندنا وعمد
الصبي وخطاؤه سواء ويقول لان من عادة الصبي اتلاف الاموال فاذا
مكنه من ماله مع علمه بعادته فقد رضي بالاتلاف فصار كمن قدم شعيرا
الى دابة ولا يشبه ما اذا كان ماذونا لان الولي انما ياذن له في التجارة
اذا علم منه الحفظ ولا يلزم اذا اودع صبيا عبدا فقتله لانه لم يجد

تعلاة الصبيان بقتل العبيد فلم يكن ايداعه عندهم ايضا رضا بالقتل ولان القرض اذن في الاستهلاك ومن اذن لصبي في استهلاك ماله ففعل لا ضمان عليه لذلك اذا كان الاذن في مخصوص كلامه فان قبل الاذن ايداعه عند الصبي ليس بالتسليط فان من القى ماله في البرية ومن القى ماله في البرية فقد رضي باتلافه ومع هذا والملتقط متلف يضمنه فكذلك اذا اودع صبيا قلنا الفارق المال في البرية رضا منه باتلافه من غير معين والاباحة لمن ليس بمعين لا يتعلق بها حكم بخلاف الفرع لمن مال الحب الذي مالي يواجد من الناس فان من التقطه يضمن ولو قال التقط من مالكه لا يضمن لذلك بمحض الاستبدال او بغير ذلك لان المال كان معصوما حقا للمالك لانه كان مباحا محترما فالملتقط الناس جميعا والعصمة ثبتت منه للمالك سده عليه فاذا ازال يده عنه بايداعه عند من لا يصلح يده خلفا عنه ان الحفظ عنه لان يد الصبي المحجور لا يصلح خلفا عنه لعدم الولاية عليه ويد الصبي يد مانعة ليد الغير فيزول بيد الصبي يد المالك عنه فيزول العصمة الحاصلة بيد المالك ثم اذا اتلفه الصبي يكون متلفا مالا غير معصوم ومن اتلف مالا غير معصوم لا يجب عليه الضمان كاتلاف مال الحربي وهو بناء ما اقتضاه تقرير الهداية ولقائل ان يقول لا نسلم انه ازال يده لا الى خلف بل الى خلف وهو يد المودع ولا نسلم ان يد الصبي لا يصلح خلفا عن يد المالك غاية ما في الباب انه ليس من اهل وجوب الحفظ ولا نسلم انه ليس من اهل وجوب الحفظ لان الكلام في الصبي العاقل والغالب من حال الصبي العاقل هو الحفظ ولهذا الودفع للصبي الية المال يجوز ولا يضمن الوصي لانه لم يترك النظر ولئن سلمنا انه ازال اليد من غير خلف فيعود ثبوت اليد لثبوت العصمة لسقوط ابتدا اما بعد ثبوت العصمة فلا نسلم ان دوام اليد شرط لدوام العصمة لان دوام الحكم مستغن عن دوام السبب فبقي المال معصوما فيجب ان يجب الضمان ولكن

البدل

الجواب الصحيح ما قلنا ان التسليط يخرج الفعل من ان يكون سببا موجبا للضمان لانه رضا باتلافه والشافعي يعلل في بعض طريقة الخلاف لا صحابنا **قوله** وعلى هذا الخلاف الاقراض يعني اذا اقرض الصبي شيئا وسلمه اليه او باع منه شيئا وسلمه اليه فاستهلكه لا يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف **قوله** وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق اي الذي ذكره في الجامع الصغير يدل على ذلك لانه وضع المسئلة في صبي عاقل ها هنا وكذلك يدل ما ذكره في الجامع الكبير ايضا لانه وضعها في صبي ابن اثني عشرة سنة لان الغالب من حال الصبي في هذا السن ان يكون عاقلا وهو الذي قال صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقد مر بيانه وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم واليه ذهب قاضي خان في شرح الجامع الصغير **قوله** بخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقط العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره يعني ان المالك للوديعة اذا كان غير الصبي المودع يضمنها لان عصمة الوديعة انما سقطت في حق الصبي المودع فحسب ولم يسقط في حق غيره لان العصمة سقطت بالتسليط ولم يوجد التسليط في حق غيره كمن وجب عليه القصاص يسقط عصمة دمه في حق من وجب له القصاص فحسب حتى بقي معصوم الدم في حق غيره **قوله** قال وان استهلك مالا ضمن اي قال محمد في الجامع الصغير في الصبي يستهلك الاموال لرجل قال هو ضامن في هذا اي في غير الوديعة ونحوه اتفاق وفي الوديعة اذا استهلكه خلاف سبق ايضا وانما ضمن لان الصبي يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال فكان مواخذا بفعله اذا كان صالحا لسبب الحكم لعموم قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولانه لا فصل في الاية والحديث بين الصبي وغيره لا يقال ان الصبي رفع عنه القلم بالحديث فكيف

من الصبي وغيره لا يقال ان الصبي رفع عنه القلم بالحديث فكيف وجب عليه الضمان
لان رفع القلم يدل على رفع الاثم ولا يلزم من رفع الاثم نفي الضمان كما في النائم اذا
انقلب على شيء فاتلفه

باب القسامة

لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة اذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها لانه
يحتاج اليها عند ذلك [illegible] ثم القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على
خمسين رجلا من اهل المحلة او الدار اذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله فان لم يبلغ
الرجال خمسين رجلا من اهل المحلة او الدار اذا وجد فيها تكرر اليمين الى ان تتم خمسين
يمينا وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة او دار او في موضع يقرب من
القرية بحيث يسمع الصوت منه وشرطها ان يكون الذي يقسم رجلا بالغا عاقلا
حرا حتى لا تجب القسامة على المرأة والصبي والمجنون والعبد ومن شرطها
ان يكون بالميت اثر القتل نحو الضرب والخنق والجراحة فان لم يكن الاثر موجودا
فهو ميت لا قتيل فلا قسامة فيه ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل خمسين يمينا
كما سيأتي وركنها ان يقول من يقسم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا لان ركن الشيء ما
يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للقسامة الا بها وحكمها وجوب الدية على العاقلة في ثلاث
سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا ابرؤوا فاما اذا ابوا القسامة
يحبسون حتى يحلفوا او يقروا ومشروعيتها ثبتت بالاحاديث الصحيحة نوردها
بعد هذا ان شاء الله تعالى وبالاجماع ايضا **قوله** قال واذا وجد القتيل في محلة
لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلنا ولا علمنا له
قاتلا الى آخره ذكره القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية
قال ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا
ابا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر فان ابا حنيفة قال

في ذلك ان كانت به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق فالظاهر انه قتيل ففيه
القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار وعلى عاقلة المحلة اذا وجد في المحلة
يستحلف كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين
على اهل الديوان في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا يتخيرهم من
العاقلة ولي الدم فان نقصوا من الخمسين كررت عليهم الايمان حتى تكمل خمسين يمينا
وليس يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امرأة ولا عبد ويحلف ما سوى ذلك من القسامة
والحبس وذلك لولي الدم فان الاختيار فيه وان كان ميتا ليس فيه اثر ولا جراح فليس
في هذا قسامة ولا [illegible] وان كان اهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فللحاكم
ان يستحلفهم الى الورثة يختارون من اهل الصلاح لا يتمون خمسين واراد ان
يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم ان يختاروا من الفاسق تمام خمسين
رجلا الى هنا لفظ الكرخي وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع واذا قتل رجل فادعى ولاته
ان رجلا قتله عمدا واتوا باللوث على قتله وجبت لهم القسامة واذا اقسموا اقتادوا به
قاتله واللوث شيئان الشاهد وقول المجروح دمي عند فلان وفي الشاهد روايتان
يعني الذي يكون معه [illegible] شهادة الواحد لوث يوجب القسامة وفي شهادة النساء
روايتان احداهما انها لوث يوجب القسامة والاخرى انها لا توجبها وكذلك
شهادة الواحد والجماعة اذا لم يكونوا عدولا وفي شهادة العبد روايتان احداهما
انه لوث وقيل لا يكون لوثا واذا وجد رجل مقتولا ووجد بقربه رجل معه
سيف او شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل فذلك لوث وقيل لا يكون لوثا
واذا وجد رجل مقتولا ووجد بقربه رجل معه سيف او شيء من آلة القتل
وعليه آثار القتل فذلك لوث يوجب القسامة لولاته والايمان في القسامة مغلظة
تغليظها في [illegible] الحضور ويحلف الحالف فيها في المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع

الناس فيه ويجلب الى مكة والمدينة وبيت المقدس حيث عليه قسامة في اعمالها ولا
يجلب الى غيرها من الاماكن القريبة ويبدا في القسامة بالمدعين دون المدعا عليه
فيحلفون خمسين يمينا ويستحقون القود ويقتسمونها بينهم وهذا اذا كان عددهم ما بين
خمسين رجلا الى رجلين ولا يقسم في العمد رجل واحد ولا يقسم فيه امراة ولا جماعة النسا
واذا كان ولاة الدم اكثر من خمسين رجلا فيها روايتان اظهرهما انه يقتصر على خمسين منهم
فيحلف خمسين يمينا والاخرى انهم يحلفون كلهم وان زادت على الايمان على خمسين
واذا نكل المدعون للدم عن القسامة ردت الايمان على المدعا عليهم فنكلوا حبسوا حتى
يحلفوا فان طال حبسهم تركوا وعلى كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة ولا حق في الدم للبنات
مع البنين ولا يقتل بالقسامة الا رجل واحد ويقتل بالاقرار والبينة الجماعة
بالواحد واذا اختلف ولاة الدم في الدعوى فقال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم قتل خطا
استحقوا كلهم على قتله ووجبت لهم ديته وان قال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم لا علم لنا
بقتله اقسم من ادعى قتله خمسين يمينا واستحقوا انصباءهم من الدية لذا في التفريع
وقال الغزالي في وجيز مظنة القسامة قتل الحر ومحل اللوث ولا قسامة في
المال والاطراف وفي العبد قولان واللوث قرينة حال تغلب على الظن كمن قتل
في محلة بينهم عداوة او قتيل دخل عليهم ضيفا او قتيل تفرق عنه جماعة
محصورون او قتيل وعنده الخصم المقاتل او قتيل في الصحرا وعلى راسه رجل معه
سكين وقول المجروح قتلني فلان ليس بلوث وقول واحد ممن تقبل شهادته لوث وقول
جمع ممن لا تقبل روايتهم لوث والقياس ان قول واحد منهم لوث واما عدد من الصبية
والفسقة ففيه خلاف وكيفية القسامة ان يحلف المدعي خمسين يمينا متوالية في مجلس واحد
بعد التحديد والتغليظ ولو كان في مجلسين فوجهان ولا يناط بالقسامة القصاص
في الجديد بل الدية من الجاني ان حلف على العمد ومن العاقلة ان حلف على الخطا فان نكل

عن

عن القسامة ونكل المدعا عليه عن اليمين ففي حبسه من اليمين المردود قولان
وكذا اذا نكل عن اليمين مع الشاهد وعاد الى اليمين المردود لذا في وجيزهم وقال
الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل في مختصره واذا وجد قتيل فادعا اولياؤه على
قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا بغيرها وان كان بينهم
عداوة ولوث وادعا اولياؤه على واحد منهم وانكر المدعا عليه ولم يكن للاوليا
بينة حلف الاوليا خمسين يمينا على قاتله واستحقوا دمه ان كانت الدعوى عمدا
فان لم يحلف الاوليا حلف المدعا عليه خمسين يمينا وبرى فان لم يحلف المدعون ولم يرضوا
بيمين المدعا عليه فداه الامام من بيت المال فان شهدت البينة العادلة ان المجروح
قال دمي عند فلان فليس بموجب للقسامة ما لم يكن لوث والنسا والصبيان
لا يقسمون انتهى لفظ الخرقي وحضر قول الخصوم في البداية بيمين الولي ما روى
مالك في موطاه قال حدثني ابو ليلى بن عبد الملك بن عبد الرحمن عن سهل بن
ابي حثمة انه اخبره رجال من كبرا قومه ان عبد الله بن سهل ومحيصة
خرجا الى خيبر من جهد اصابهم فاتى محيصة فاخبر ان عبد الله بن سهل
قد قتل وطرح في فقير بير او عين فاتى يهود فقال انتم والله قتلتموه
قالوا والله ما قتلناه ثم اقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم اقبل هو
وحويصة وهو اخوه اكبر منه وعبد الرحمن بن سهل فذهب محيصة ليتكلم
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة
فقال عليه السلام اما ان يدوا صاحبكم واما ان يوذنوا بحرب فكتب اليهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ذلك فكتبوا انا والله ما قتلناه فقال عليه السلام لحويصة ومحيصة
وعبد الرحمن اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قالوا لا قال فتحلف لكم يهود قالوا
ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده فبعث اليهم بمائة ناقة

حتى دخلت عليهم الدار قال سهل بن ابي حثمة لقد ركضتني منها ناقة حمراء وجه الاستدلال
بالحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا بايمان الاولياء ولان اليمين تثبت في حق من يشهد له
الظاهر بدليل المدعا عليه في سائر الحقوق وفي مسئلتنا الظاهر يشهد للمدعي لانه اذا
كان هناك لوث يغلب على ظن المستمع والرائي انه صادق في قوله فيجب ان تثبت اليمين
في حقه ولكن هذه دلالة فيها شبهة فلا يجب القصاص بالشبهة مع الحديد وتجب الدية ولنا
ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده قال حدثنا يونس حدثنا سفيان عن يحيى
بن سعيد سمع بشير بن يسار عن سهل بن ابي حثمة قال وجد عبد الله بن سهل
قتيلا في قليب من قلب خيبر فجاء اخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصة
ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن ليتكلم فقال عليه السلام
الكبر الكبر فتكلم احد عميه اما محيصة او حويصة تكلم الكبر منهما قال يا رسول
الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة اليهود
لهم قال تبريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم
وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نر فوداه
رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وهذا نص في البداية بيمين المدعا عليهم
وقال الكرخي في مختصره حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع عن موسى بن داود عن
معمر بن سليمان عن خصيف عن زياد بن ابي مريم قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم
فقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما
قتلوه ولا علموا قاتلا فقال يا رسول الله ليس لي من اخي الا هذا قال بل مائة من الابل
ومعنى حديث الخصم انه كان على سبيل الانكار عليهم كانه قال اتدعون وتاخذون
لقوله تعالى افحكم الجاهلية يبغون وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم
تبريكم يهود بخمسين يمينا بالله ما قتلنا فقالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار فقال

لهم

لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم احلفون وتستحقون يعني ان اليهود وان كانوا كفارا
فليس عليهم فيما يدعون عليهم غير ايمانهم قال الطحاوي والدليل على صحة هذا التاويل
ما قد حكم به عمر بن الخطاب بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بحضرة اصحابه فلم ينكر
عليه منهم منكر ومحال ان يكون يخفى على الانصار من ذلك علم ولا سيما مثل محيصة فانه
قد كان حيا يومئذ وسهل اذ لا يخفى عن ما حكم به النبي عليه السلام قال الطحاوي
فما روي عن عمر في ذلك ما حدثنا ابن مرزوق قال حدثنا وهب بن جرير قال حدثنا
شعبة عن الحكم عن الحارث بن الازمع انه قال لعمر اما تدفع اموالنا عن ايماننا قال لا
وعقله وقال الطحاوي ايضا حدثنا فهد قال حدثنا ابو غسان قال حدثنا زهير
بن معاوية قال حدثنا ابو اسحاق عن الحارث بن الازمع قال قتل قتيل بين وادعة
وحي اخر والقتيل الى وادعة اقرب فقال عمر بن الخطاب لوادعة ليحلف خمسون
رجلا منكم بالله ما قتلنا ولا نعلم قاتلا ثم اغرموا فقال له الحارث نحلف
ونغرم قال نعم وقال الطحاوي ايضا حدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا يوسف بن
عدي قال حدثنا عثمن بن مطر عن ابي حريز عن الشعبي عن الحارث الوادعي قال
اصابوا اصلا من قريش فكتبوا في ذلك الى عمر بن الخطاب فكتب عمر ان قيسوا ما بين
القريتين فايهما كان اليه ادنى فخذوا خمسين قسامة فيحلفون بالله ثم غرمهم الدية
قال الحارث فلقيت فمن اقسم ثم غرمنا الدية فهذه القسامة التي حكم فيها اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد وافق ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه
رواه ابن عباس فسوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الاموال والدماء وحكم
فيهما بحكم واحد فثبت بذلك ان حديث سهل هو على هذا المعنى وقال الطحاوي
ايضا حدثنا ابو بشر الرقي حدثنا ابو معاوية الضرير عن ابن ابي ذئب عن الزهري

ان رسول الله صلى الله عليه سلم قضى بالقسامة على المدعا عليهم فدل ذلك ان القسامة
على المدعا عليهم لا على المدعين على ما بين الزهري كذا في شرح الاثار ولان يمين
المدعي قوله فلا يستحق بها المال كالدعوى ثم مالك يتمسك باستحقاق الاوليا القود
بعض امتهم بقوله عليه السلام تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وجوابه ما قال
محمد بن الحسن في موطاه ان رسول الله صلى الله عليه سلم قال لهم احلفون وتستحقون دم
صاحبكم يعني بالدية ليس بالقود ويدل على انه اراد الدية دون القود قوله في اول
الحديث اما ان يدوا واما ان يوذنوا بحرب وهذا لان الدم قد يستحق
بالدية كما يستحق بالقود ولو كان المراد القود لقال تحلفون وتستحقون دم من ادعيتم
فلو نهذا على القود قوله واللوث عندهما اي عند مالك والشافعي رحمهما الله
وتفسير اللوث عندهما قد مضى انفا يقال لوث اي شر وطلب بحقد ماخوذ
من قولهم لوث الماء اي كدره ولوث ثيابه بالطين اي لطخها فتلوث قوله
فان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اي ان لم يوجد اللوث وهو
دليل ظاهر على القتل فمذهب مالك مثل مذهبنا غير انه لا يتكرر اليمين بل
يردها على الولي يعني عندنا يكرر اليمين على المدعا عليهم اذا لم يكمل عددهم خمسين
وعند الخصم لا يكرر بل يرد على الولي وفيه نظر لان مذهب مالك والشافعي
ليس كذلك لانهما شرطا يمين الولي اذا وجد اللوث فاذا نكل الولي عن اليمين
فحينئذ ترد على المدعا عليهم وقد مر بيانه عن قريب قوله والقصاص لا يجامعها
اي لا يجتمع القصاص مع الشبهة قوله وقول ابن المسيب هو سعيد بن المسيب
وهو من اعلى طبقات التابعين ولكن في ذلك نظر لانه لم يذكر روايته في كتب الحديث
في هذا الباب مثل الموطا والصحاح والسنن وشرح الاثار وغير ذلك بل نقل
عن الزهري كذلك في شرح الاثار وقد مر ذكره انفا قوله وقوله يتخيرهم الولي

اشارة

اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي اي قوله العدد ورد في مخصوص بحصرهم
الولي اشارة الى ان خيار التعيين الى ولي الدم وانما كان الخيار اليه لان الايمان حق
له فكان الخيار اليه ولان في اختياره فايدة وهو انه يختار من يتهمه بالقتل او
يختار صالحي القبيلة الذين لا يحلفون على الكذب ولهذا جعل الخيار اليه دون
السلطان لان التحليف حق الاوليا لكونه ذريعة الى حقهم وان كان اهل المحلة
صالحون وطالحون يختار الاوليا الصالحين اذا احبوا ذلك وقد مر رواية الكرخي
فيه وان كان تهمة القتل في الطالحين اكثر لان التحليف لفايدة النكول وكان
حلف الذي يتورع عادة عن الكذب اولى لحصول العلم بالقتل عند نكوله
ولكن اذا اختارهم الولي يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا
ولا يقول بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا بلفظ اسناد الفعل الى الجماعة
لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده وبلفظ الجمع يعني ان يكون قاتلا مع الجماعة
وكذلك في جانب العلم لانه يجوز ان يكون هو عالما بالقتل وحده وهو ينفي
ان يكون غيره عالما معه قوله ولو اختار منهم اعمى او محدودا في قذف
جاز وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المحصور وذلك
لانها ليست محضة وليست شهادة ولهما اهلية اليمين فيحلفان لان احتمال
العلم والقتل ثابت في حقهما بخلاف اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان
اللعان شهادة وليس لهما اهلية اداء الشهادة قوله فاذا حلفوا قضي
على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي اي مع ان العدد دل في مختصر وقال
الشافعي اذا حلف المدعا عليهم بالقتل برئوا الا ان الحلف مبرئ ولا يجب عليه
شي كما في ساير الدعاوى ولنا ان النبي صلى الله عليه سلم جمع بين الدية والقسامة
في حديث سهل بن ابي حثمة وحديث زياد بن ابي مريم وقضى عمر رضي الله عنه

بالقسامة والدية ايضا بحضرة الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الاجماع حتى قالوا لعمر
لما قضى عليهم بالدية لا اموالنا تدفع عن ايماننا ولا ايماننا تدفع عن اموالنا فقال
عمر اما ايمانكم فلحقن دمائكم واما اموالكم فلوجود القتيل بين اظهركم وقول الخصم
الحلف مبرئ قلنا نحن نقول لم يوجبه ولكن مبرئ عما وجبت لاجله الحلف
وهو القصاص لا عن غيره كما اذا كانت الدعوى على الشي يحلف المدعى عليه على ذلك
الشي انقطعت الخصومة عنه وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل
فاليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل فلم يجب القصاص ولكن وجبت عليه
حرجه لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل لانه لولا
تقصيرهم لما وقع هذا الامر والتسبيب في القتل بهذا الطريق موجب للدية
في الشرع الا ترى ان العاقلة يؤاخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا في
صيانته ولهم عن ذلك حتى وقع ما وقع فالحق التسبيب بالمباشرة في ايجاب الدية صيانة
للدم عن الاهدار فان قلت اذا لم تكن اليمين مبرئة عن الدية فما فائدة قوله عليه
السلام فتبرئكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قلت فائدته البراءة عن
القصاص الذي وجب اليمين لاجله لا البراءة عن الدية بدليل ما روي من ان النبي صلى الله
عليه وسلم وعمر رضي الله عنه جمعا بين الدية والقسامة **قوله** على وادعة وهي بطن
من همدان كذا ذكر الكلبي في جمهرة النسب **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره ومن ابى منهم
ان يحلف حبس حتى يحلف او يقر فيلزمه ما اقر به اي من نكل من الخمسين الذين
اختارهم الولي عن اليمين حبس حتى يحلف او يقر وذلك لان اليمين واجب عليهم
لمن نكل منع حقا واجبا عليه ومنع الحق ظلم وجزاء الظالم الحبس فاذا حلف
دفع القتل واذا اقر وجب موجب ما اقر به لان اقراره حجة عليه فان قلت

دعوى لا الحكم بمجرد النكول كما حكم في النكول عن دعوى المال قلت اليمين في باب
القسامة مستحقة لذاتها اعني انها نفس الحق وليست ببدل عن الدية تعظيما
لامر الدم ولو كانت بدلا لا عنها لم يجمع بين اليمين والدية فدل انها مستحقة
لذاتها بخلاف النكول عن اليمين في دعوى المال حيث يجب المال لان اليمين ثمة
بدل عن اصل حق المدعي واصل حقه في المال والدليل على انها بدل ان
المدعى عليه لو بذل المدعى سقط اليمين وفي باب القسامة لم يسقط اليمين
ببذل الدية بل يجب اليمين المكررة **قوله** هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل
على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او
الخطا اي وجوب القسامة والدية فيما اذا كانت دعوى القتل على اهل
المحلة جميعا او على بعضهم لا باعيانهم سواء كانت الدعوى في العمد او الخطا لان
البعض اذا لم يكن معينا لا يتميز عن البعض الاخر فصار كما اذا ادعى على الجميع
فاما اذا ادعى على البعض بعينه انه قتل وليه عمدا او خطا قال صاحب
الهداية فكذلك الجواب يعني تجب القسامة والدية قال يدل عليه اطلاق
الجواب في الكتاب اي كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد
القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى اخره لانه
اطلق وجوب القسامة والدية على اهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع
على الجميع او على البعض لا باعيانهم او باعيانهم واجاب في المبسوط كذلك
اعني انه اوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه قال
القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا ادعى الولي على واحد من اهل
المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالهما وقال ابو يوسف القياس ان تسقط
القسامة الا انا تركناه للاثر وحكى هشام عن محمد ان القسامة بسقط وهو



رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة المذهب اللفظ التعريب وجه القياس ان دعواه
على واحد منهم براءة لبقيتهم فلم يجز ايجاب القسامة والدية من غير دعوى فيجب
على واحد ولان القياس يابى وجوب القسامة على اهل المحلة لاحتمال القتل من
غيرهم وانما ثبتت القسامة بالنص اذا كان الدعوى عليهم جميعا والمخالف يثبت
الحكم في الباقي وهي اذا كان الدعوى على البعض بعينه على اصل القياس فلم تجب القسامة
وجه الاستحسان في وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا كان الدعوى على
البعض بعينه علمه فصل النص الوارد في باب القسامة بين دعوى ودعوى فيترك
القياس بالنص فوجب القسامة وهذا الجواب فيما اذا ادعى الولي القتل على واحد
من غير اهل المحلة لا تجب القسامة بالنص لان النص لم يرد بايجابها والقياس يابا
فامتنع القسامة اصلا فلزم الحكم ان كان للولي بينة حكم بها والا استحلف المدعى عليه
يمينا واحدة فان حلف برئ وان نكل ينظر فان كان الدعوى في المال اعني في القتل خطأ
او في القطع خطأ ثبت المال وان كانت في القصاص فهو على اصلين مضى في باب
اليمين وهو ان الدعوى عند ابي حنيفة وصاحبيه انه اذا ادعى قصاصا على غيره
فجحد استحلف لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فان نكل عن اليمين فما دون النفس
لزمه القصاص عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف ومحمد فعندهما يجب الارش فيها
على اصلهم في معنى النكول فعند ابي حنيفة انه في معنى البذل والبذل فيما دون
النفس يصح من طريق الحكم الا ترى انه لو اذن له في قطع يده فقطع لم يلزمه وصار
والاطراف كالاموال فجاز استيفاؤه بالنكول كالاموال
وعلى قولهما النكول قام مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل انتفاء الحكم
الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير وحين
تعذر استيفاء القصاص وجب المال كالعفو المشترك اذا عفا احد الشريكين

وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف او يموت جوعا عند ابي حنيفة لان
القصاص منه لما شرع فيما دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما
لحرمة النفس الا ترى انه تعلق به ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة
فلذلك افترقا وانما قال يحبس لان اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية
والقسامة في القتل الذي يوجد في المحلة واذا جاز ان تكون نفس الحق
فمن امتنع من ايفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله وجب ان يحبس وعلى قولهما لما تعذر
استيفاء القصاص وجب المال وباقي التفريع في باب اليمين من كتاب الدعوى قوله
سنذكره من بعد اي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير اهل المحلة بعد
ورقتين عند قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم قوله قال فان
لم يكمل اهل المحلة كررت عليهم الايمان حتى تتم خمسين يمينا اي ان كان العدد اقل
من خمسين وذلك لان الخمسين يمينا واجب بالسنة فيجب اكمالها ما امكن وقد روي
عن عمر رضي الله عنه انه لما قضى في القسامة وافاه تسعة واربعون رجلا فكرر
اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسون ثم قضى بالدية رواه الكرخي في مختصره باسناده
الى ابي الاعرج قال حدثنا الحارث بن الازمع انه كان فيمن حلف فاقسموا بالله
ما قتلنا ولا علمنا قاتله وكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ عمر منهم رجلا
حتى تموا خمسين فقالوا انعطي ايماننا واموالنا قال عمر نعم فبم نبطل دم هذا
فان قيل اي فائدة في تكرار اليمين ومن حلف مرة لا يحلف اخرى وهو الظاهر
قلنا لا حاجة الى بيان الفائدة لان التكرار ثبت بالسنة او نقول الفائدة
استعظام امر الدم ولهذا قلنا بتكرار اليمين في اللعان وذلك يمين عند الشافعي
وعندنا مشتمل على معنى اليمين والشهادة ثم اذا كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك على الخمسين يمينا لانه حصل اقامة السنة ولا

صورة الى الزيادة قوله وأبى أبيه هكذا ذكر صاحب الهداية واهل اللغة يقولون
وأبى أبيه بدون الياء قوله قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون اي بان
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا امرأة ولا عبد وذلك لان ليس لهم قول
ولا صحة لقول الصبي والمجنون واما المرأة والعبد فانهما ليسا من اهل النصرة
ووجوب القسامة على من ينصر البقعة ولان هؤلاء اتباع في المحلة
وليسوا اهل الحول قوله وان وجد ميتا ولا اثر به فلا قسامة ولا دية
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك اذا كان الدم يسيل من
دبره او انفه او فمه وان كان يخرج من عينيه او اذنه فهو قتيل الى هنا لفظ
المختصر وصاحب الهداية لم يذكر فيها الانف والغالب انه سهو القلم
لانه ذكره في البداية كما قرره القدوري في مختصره والاصل فيه ان القتيل اسم
لميت مات بسبب باشره حي عادة فاذا وجد سبب قاتل عادة يوجد
من العباد يستدل به على انه قتيل والا فلا وخروج الدم من موضع يخرج
منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون اثر القتل كما اذا خرج من فمه او انفه
لانه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا على وجود ضرب في المحل والا
ان خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه قد يكون اصله في البطن
وقد يكون لاكل شيء غير موافق وكذلك ان خرج من ذكره لا يكون ذلك
دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن او لضعف الكلى
او لضعف الكبد وقد يقع من شدة الخوف ايضا فاما اذا خرج الدم من اذنه
او عينه كان ذلك دلالة القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة الا
بضرب حادث قال فخر الاسلام في شرح الزيادات ودلالة القتل
جراحة يوجد او دم يخرج من عينه او اذنه او يعلو من جوفه الى فيه

فاما ما يخرج من انفه او ذكره او دبره او سيل من راسه الى فمه فليس يصلح
دليلا على القتل الى هنا لفظه فعلى ما ذكره ينبغي ان يكون الجواب في الدم
الخارج من الفم على التفصيل قوله والغرامة اراد بها الدية يعني ان
غرامة الدية انما تلزم العبد اذا وجد فعل القتل واذا لم يوجد فلا
قوله والقسامة لاحتمال القتل يعني ان القسامة ايضا انما تجب على
اهل المحلة لاحتمال وقوع القتل منهم فتظهر ذلك بالقسامة فاذا لم يكن
القتل محتملا لعدم اثره فلا تجب القسامة قوله لم يجب عليه
الغسل اى يجب على العبد اليمين قوله وقد ذكرناه في الشهيد
يعني في كتاب الصلوة في باب الشهيد قوله ولو وجد بدن القتيل
او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
ومعه الراس او يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم وهذه من مسائل
الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر وذلك لان وجوب
القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عاقلتهم ثبت بالنص
خلاف القياس والنص ورد في كل البدن والاكثر البدن كل حكما وان
لم يكن كلا حقيقة فالحق الاكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة
والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما
فبقي على اصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية ولانه اذا وجد الاقل
وجرى فيه القسامة والدية ثم اذا وجد الباقي في محلة اخرى يلزم فيه
القسامة والدية ايضا لانه اذا وجب القسامة والدية في الاقل كان
وجوبها في الاكثر اولى فيتكرر القسامة والدية والتكرر فيها ليس بمشروع

بخلاف ما اذا وجبت القسامة والدية في الاكثر او الاخف لا يلزم القسامة
والدية في الاقل ثانيا اذا وجد في محلة اخرى لانه لا يلزم من الوجوب في الاكثر
الوجوب في الاقل لان في الاكثر انما وجب ذلك لانه في معنى الكل حكما ولم يوجد
هذا المعنى في الاقل **قوله** تتكرر القسامتان والديتان وكان ينبغي
ان لا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون التكرر من القسامتين والديتين
وليس كذلك ولكنه اراد بذلك ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا
وكان من حق الكلام ان يقال تتكرر القسامة والدية **قوله** والاصل فيه
اي الاصل في وجوب القسامة والدية وعدم وجوبهما اذا وجد بعض القتيل
ان البعض اذا وجد اذا كان بحال لو وجد الباقي من البدن تجري فيه القسامة
والدية لا تجريان في الموجود اولا وان كان الموجود اولا بحال لو وجد الباقي
لا تجريان في الباقي تجريان في الموجود اولا والمعنى في وجوبهما وعدم وجوبهما
عدم تكرر القسامة والدية وعدم تكررهما **قوله** وصلاة الجنازة في هذا اي في وجود
بعض الميت تنسحب على هذا الاصل يعني اذا وجد الاكثر يصلى عليه والا
فلا وانما انسحبت على الاصل المذكور لان صلاة الجنازة لا تتكرر كما ان القسامة
لا تتكرران في البدن وفي الصغرى اذا وجد من الميت اقل من النصف
والشق فيه الرأس لا يصلى عليه وهذا اشارة الى انه اذا كان معه الرأس
يصلى عليه ولو وجد النصف مشقوقا نصفين مع كل نصف نصف من
الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه ولذا في القسامة اذا وجد الرأس وحده
عليه في المحلة لا تجب القسامة واذا وجد البدن كله الا الرأس تجب القسامة
لفظ الفتاوى الصغرى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر
الضرب فلا شيء على اهل المحلة اي لو وجد في المحلة وكان القتيل سقطا تاما

وانما

وانما ذكر بلفظ العقلاء تأويلا بأرباب القوم او الجماعة او اهل المحلة وقد
ذكر هذه المسألة بتفريعها ايضا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وان وجد فيهم جنين او سقط ليس عليهم شيء لانه ليس به اثر
وان كان تاما وبه اثر فهو قتيل مطلوب ظاهرا فيجري فيه القسامة والدية
لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فكان الظاهر الوجود للقتل
وهو الاثر ولا يعتبر الظاهر لانه يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لم
يجب في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته سوى حكومة العدل ولم يجب
ما وجب في السليم منها وان كان الظاهر سلامتها لانا نقول انما لم يجب
في الاطراف قبل ان يعلم الصحة ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال ولشرفها بعظم النفوس فلا يجب فيها مع العلم بالصحة من
القصاص والدية بخلاف الجنين لانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل
تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس
لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر
من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما اذا انفصل ميتا ولا اثر به
فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوت حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا
ولا اثر به لا يجب شيء فيه فكذا ههنا **قوله** قال واذا وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
اي قال القدوري في مختصره وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل او يقودها او هو راكبها فهو على الذي معه الدابة لانه
اقرب الناس اليه فيكون اقدر على صيانته واوقف على حاله فان لم

لم يكن معها احد فعلى اهل المحلة الذين وجدوهم على الدابة لا فرق بين ان يكون
موضوعا على الدابة او مطروحا على الارض ولذلك الرجل يحمل ميتا
هو عليه المهنا لقطه ولا تفاوت بين ان يكون الدابة ملكا للسائق
او القائد او الراكب لان الرواية مطلقة في الاصل والكافي للحاكم ومختصر
الطحاوي والكرخي وغيرهما وذلك لان التشريف بيده مكان اخص من اهل المحلة
واوردوا ههنا سؤالا وجوابا فقالوا اما الفرق بين هذه المسئلة على مذهب
ابي حنيفة ومحمد حيث اوجبوا القسامة والدية على السائق والقائد مالكا
كان للدابة او لم يكن وفي القتيل اذا وجد في الدار لم يوجبا القسامة
والدية على السكان بل على الملاك فما جوابه قلنا اولا وثانيا بطريق
التسليم اما الاول فقالوا لا نسلم ان القسامة والدية لا تجب على مالك
الدابة مطلقا بل تجب عليه اذا كان مالك الدابة معروفا واما ما وقع في
صاحب الكتاب هذا فيما اذا لم يكن المالك معروفا ولانه لا يعرف ذلك فنقول
السائق والقائد اذا لم يكن المالك معروفا فالظاهر انه هو المالك لان
اليد دليل الملك ولا يسمع قوله في دعواه ان الملك لغيره كما في الدار
ايضا اذا لم يكن مالكها معروفا لا يعرف ذلك لا بقول ذي اليد لا يسمع
ذلك منه بل تجب القسامة والدية على ذي اليد فلم يبق اذن فرق
بين الدابة والدار وهذا قول بعض المشايخ واما الثاني فقالوا انما كان
الجواب في الدابة مطلقا على السائق والقائد لان القصور في هذا
الباب بالتصرف والتدبير فان ذلك في الدابة لمن في يده الدابة فيكون
القسامة والدية على الملاك وظهر الفرق **قوله** وان مرت دابة
بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير

ان

واذا كان على الدابة قتيل وهي تمر بين القريتين كان على اقربهما قال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا وجد القتيل بين قريتين او سكتين فانه يقاس فايهما
كان اقرب كان عليهم القسامة والدية والاصل في ذلك ما روي عن عمر رضي
الله عنه انه كتب اليه في قتيل وجد بين وادعة وارحب فكتب ان يقاس
بين القريتين فوجد الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وقد
مر حديث عمر في مسئلة اول الباب قالوا وهذا اذا كان بحال يسمع الصوت
منه لانه اذا قتل في موضع يسمعون صوته لو استغاث يلزمهم الغوث
والنصرة فاذا تركوا النصرة مع امكان النصرة نسبوا الى التقصير
وصاروا كانهم قتلوه تقديرا فيلزمهم القسامة والدية بخلاف ما اذا لم
يكن يسمع الصوت منه حيث لا يجب عليهم النصرة لعدم القدرة على النصرة
لان القدرة لا تتحقق بلا علم ولا يعلمون فانتفى بتقدير العدم نسبتهم
الى التقصير فلا يجب عليهم القسامة والدية ولا يجب شيء على احد **قوله** بين
وادعة وارحب هما حيان من همدان من قول الكميت في الهاشميات في امر
الخلافة يقولون لم يورث ولولا تراثه لقد شركت فيه بكيل وارحب
وبكيل حي من همدان ايضا يقولون لولا ان الخلافة موروثة لاشترك
الناس كلهم فيها **قوله** قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة
عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والدية على عاقلته وذلك
لان صاحب الدار اخص بنصرة الدار من اهل المحلة فصار مع اهل المحلة
بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة
لذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة واما وجوب
الدية على عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة صاحب الدار على عاقلته

كذا في شرح أبي نصر وقال القدوري في كتاب التقريب قال في الأصل إذا وجد
القتيل في دار رجل اشتراها فالقسامة تجب عليه وعلى قومه الدية في
اختلاف زفر ويعقوب أن القسامة تجب عليه وعلى عاقلته وقال أبو يوسف
ليس على عاقلته قسامة قال وكان أبو الحسن يقول هذا على وجهين إن كانت عاقلته
حاضرة دخلت في القسامة وإن كانت غائبة لم تدخل لأنها إذا كانت حاضرة فالدار
التهمة موجودة في حقهم والقاتل يجوز أن يكون منهم فصاروا كأهل المحلة وأما إذا
كانت غائبة فلا تهمة تلحقهم لتعذر دخولهم في القسامة وليس كذلك الدية لأنها
تجب للنصرة وذلك موجود في الغيبة وجه الرواية الأخرى أنهم لما دخلوا في
الدية مع الغيبة فكذلك في القسامة كالحاضرين كذا في التقريب **قوله** قال
ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة أي قال القدوري
في مختصره وهذا قول محمد أيضا وقول أبي يوسف أولا وقال ابن أبي ليلى القسامة
والدية عليهم جميعا وهو قول أبي يوسف آخرا إلا ذكر شيخ الإسلام علاء
الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وقول محمد فيما ذكره الثقات كالطحاوي
وغيره مع أبي حنيفة ولا أدري من أين صاحب النافع لنفسه جعل قوله مع أبي
يوسف قال الطحاوي في مختصره والقسامة على أهل الخطة لا على السكان
ولا على المشترين إلا أن لا يبقى أحد من أهل الخطة فيكون القسامة والدية
على الذين تحولت ملكها إليهم وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد روى أصحاب
الإملاء عن أبي يوسف أن القسامة والدية على السكان دون الملاك إلى هنا
لفظ الطحاوي وقال القدوري في كتاب التقريب وأما الملاك والسكان فقال
أبو حنيفة ومحمد الدية على الملاك وقال أبو يوسف عليهما لهما أن الملاك أخص
بالنصرة من الساكن ألا ترى أن الملاك يقصد صيانة محلته والسكان لا يكون

تكون فيها في وقت وينتقل إلى آخر وقت آخر فإذا لم يوجد في الساكن معنى
النصرة لم يلزمه العقل ولا يلزمه إذا وجد القتيل في سفينة أن الدية
على من فيها من مالك وراكب لأن السفينة تنقل وتحول فضمان الدية فيها
بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة إذا وجد عليها قتيل ولهذا لزم الملاك
العقل وإن لم يكن في السفينة كما لزم سائق الدابة وقائدها ولأبي يوسف
أن النبي صلى الله عليه وسلم ألزم أهل خيبر دية عبد الله بن سهل وقد كانوا سكانا
بخيبر لأن خيبر كانت للمسلمين لأنهم افتتحوها وكان اليهود عمالا فيها فلما
وجد فيها القتيل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة فيه على اليهود
السكان لا على الملاك والجواب عن ذلك أن الطحاوي روى بإسناده إلى سليمان
بن بلال عن يحيى بن سعيد أن خيبر يومئذ كانت صلحا فإذا ثبت ذلك
كانت خيبر ملكا لليهود فنعلم أن القتيل كان قبل الفتح وإن سلمنا أنه
كان بعد الفتح نقول إن اليهود كان لهم أملاك ولهذا عوضهم عمر رضي الله عنه
لما أجلاهم كذا قال القدوري في التقريب بيانه أنه عليه السلام أقرهم
على أملاكهم وكان ما يأخذ منهم على وجه الخراج **قوله** هو عليهم أي
القسامة على السكان والملاك جميعا وإنما ذكر الضمير الراجع إلى المؤنث على
تأويل القسم أو الحلف وأراد بالسكان من يسكن الدار بالإجارة أو الاستعارة
قوله لأن ولاية التدبير كما تكون بالسكنى تكون بالملك وحق الكلام أن يقال
لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى لأن في الملك إنما يستوي أن
تقاس السكنى عليه **قوله** قال وهي على أهل الخطة دون المشترين أي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وإن بقي واحد منهم فكذلك وقال القدوري في كتاب التقريب
قال في الأصل ولو وجد القتيل في القبيلة بالكوفة وفيها سكان وأهل الخطة

الذمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط
خطة ليتميز انصباءهم وفي بعض النسخ وهو على اهل الخطة يتناول المذكور او وجوب
القسامة والدية اي القسامة واجبة عليهم والدية على عواقلهم قوله والولاية
اي الولاية الحفظ قوله وقد استووا فيه اي استوى اهل الخطة والمشترون
في الملك لانهم مالكون جميعا ولهذا اذا الحق الملك من اهل الخطة جميعا ولم يبق واحد
منهم ما لكانت القسامة على المشترين قوله ولهما ان صاحب الخطة هو
المختص بنصرة البقعة هو المعارف يعني ان وجوب القسامة والدية باعتبار
انهم نسبوا الى التقصير بترك النصرة وترك النصرة انما يكون ممن اليه الصيانة
والصيانة في المحلة الى اصحاب الخطة وفي الدار الى الملاك لان اهل الخطة هم
الرؤساء والاصول عادة في صيانة المحلة دون الدخيل فكان الزام موجب
التقصير عليهم اولى وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة
اي شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه وهو ان صاحب الخطة في كل محلة
كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة وابو يوسف بنى على عادة زمانه
ان التدبير الى الاشراف من اهل الخطة كانوا او لا الى الخطة قوله
فان بقي واحد منهم فكذلك يعني فان القدوري ان بقي واحد من اهل الخطة
فكذلك الحكم تجب القسامة عليه والدية على عاقلته قوله لما بينا اشارة
الى المعقول ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة والى قوله ولانه
اصيل والمشتري دخيل قوله لان الولاية انتقلت اليهم اي الى المشترين
وهذا على مذهب ابي حنيفة ومحمد لان المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود
واحد من اهل الخطة عندهما فاذا لم يبق احد منهم بان باع كلهم انتقلت
الولاية الى المشترين قوله اختلطت بهم وهذا على مذهب ابي يوسف

ومشترون فالدية على اهل الخطة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليهم
جميعا وذكر بشر بن الوليد عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة الى هنا لفظ التقريب
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال ابن ابي ليلى الدية على
السكان والمشترين واهل الخطة سواء وهو قول ابي يوسف الآخر لهما ان اهل
المحلة يلزمهم الدية لاجل النصرة ونصرة اهل الخطة غير نصرة المشترين
فاذا بقي منهم من يدخل في العقل لم ينضم اليهم نوع آخر كما لا ينضم اهل الديوان الى
القبيلة وعاقلة الام الى عاقلة الاب ولا يلزم اذا قل عدد القبيلة ان يضم
اليها اقرب القبائل لان ذلك من جنس واحد الا ترى ان جميعهم بنو الاعمام ولان
اهل الخطة اخص بالنصرة من المشترين وما كان اخص فهو اولى والحاصل
ان وجود القتيل في المحلة يوجب الدية على اهل المحلة بحكم القسامة على
صالحي اهل المحلة وهذا حكم منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه وعليه
اجماع الامة فان كان في المحلة اصحاب الخطة فذلك عليهم لان القتيل ينسب
اليهم لتقصيرهم في الحفظ والحفظ والراي والتدبير الى اهل الخطة وعليهم من نسبة
فان باع اصحاب الخطة كلهم انتقل الراي والتدبير والحفظ الى المشترين فنزلوا
منزلتهم فان بقي من اهل الخطة واحد فذلك عليه خاصة لان الراي والتدبير
والحفظ اليه في العادة ولانه هو الاصل والمشتري بمنزلة الخلف عنه
فلا يعتبر الخلف ما دام شيء من الاصل قائما ولابي يوسف انهم استووا
في الملك والتصرف فوجب ان يستووا في القول وهذا ليس بصحيح لان
الملك موجود للمراة والصبي والمجنون والتصرف موجود للمكاتب ولا شيء عليهم
فدل على ان المعتبر النصرة دون ما ذكره كذا في التقريب والخطة المكان
المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات والمراد من اهل الخطة اصحاب الاملاك

التتمة

لان الولاية كانت لاهل الخطة والمسترين جميعا عنده فاذا لم يبق احد خلصت الولاية للمشترين **قوله** لزوال من يتقدمهم يعلق بقوله انتقلت اليهم وقوله او مزاحمهم يعلق بقوله خلصت لهم لفا ونشرا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي واذا باع اهل الخطة جميعا حتى لا يبق منهم احد ثم وجد قتيل في سكة من سككهم او في مسجد من مساجدهم فالقسامة والدية على المشترين لانهم نزلوا منزلة اصحاب الخطة عند عدمهم وان وجد في دار واحد من المشترين فهو عليه وعلى عاقلته لما ذكرنا ان رب الدار ينسب الى التقصير بترك النصرة واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة وقد مر قبل هذا بيان ان القسامة على رب الدار والدية على قومه اذا وجد القتيل في دار انسان وانما ذكر المسئلة هنا لان كلامه وقع فيما اذا وجد القتيل في المحلة وفيها اهل الخطة ومشترون فاوجب القسامة والدية على اهل الخطة لا على المشترين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فاذا لم يبق واحد منهم فحينئذ اوجب ذلك على المشترين اذا وجد في المحلة ثم جر كلامه الى بيان ان القتيل اذا وجد في دار واحد ولم يبق احد منهم من اهل الخطة فاكمله بتبيين ذلك كما ذكره وتمام البيان والتفصيل في المسئلة ما ذكرنا عن التقريب قبل هذا عند قوله وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه **قوله** لان رب الدار اخص من غيره وقد ذكر الصدر ويه على يا وبل الموضع **قوله** الحضور اي القوم الحضور وهي جمع حاضر لان فاعلا اذا كان صفة يجوز جمعه على فعول القعود في جمع قاعد **قول** قال وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها

لرجل

لرجل وللاخر ما بقي فهو على رؤس الرجال اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الدار تكون بين ثلثة نفر لواحد نصفها ولواحد عشرها وللاخر ما بقي منها فوجد فيها قتيل قال العقل على رؤس الرجال الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وهي من الخواص وذلك لان صاحب القليل صاحب الكثير سواء في هذا المعنى فكانوا سواء في النسبة الى التقصير فيكون الغرم وهو العقل على عدد الرؤس ولان القتيل اذا وجد في الدار جعل اصحاب الدار كانهم جنوا عليه والنفس تقسم على عدد الجناة ولا يعتبر مقدار الجنايات فيكون المعتبر عدد الرؤس **قوله** قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البايع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي هي في يده اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يشتري الدار فلا يقبضها حتى يوجد فيها قتيل وليس في الشرا خيار فالدية على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فالدية على عاقلة الذي الدار في يديه وقال ابو يوسف ومحمد ان لم يكن في الشرا خيار كان الدية على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فان الدية على عاقلة التي تصير الدار له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير والحاصل ان المعتبر لوجوب الدية هو اليد عند ابي حنيفة وعندهما المعتبر هو الملك فقال ابو حنيفة الدية على عاقلة الذي في يديه الدار سوا كان في البيع خيار او لم يكن وفي قول صاحبيه ان كان الشرا باتا فالدية على عاقلة المشتري سوا كانت الدار في يده او في يد البايع وان كان في الشرا خيار فالدية على الذي تكون الدار له وجه قولهما ان هذا حق يجب لاجل الدار فوجب ان يعتبر فيه مالك الدار فيكون على مالك الدار وعلى من يتعين له الملك

لا لعدد الانصباء لان الغنم بالغرم وجبت القسامة على عدد الرؤس

ولان التعاهد يجب على المشتري لان الغنم للمشتري وهو وجوب الشفعة
فوجب ان يكون الغرم عليه وهو العقل لان الخراج بالضمان واما اذا
كان في البيع خيار فوجوب الجناية موقوفة لان حصول الملك موقوف
فوجب ان يتوقف وجوب الجناية كما توقف الملك كما في صدقة الفطر
انها في العبد على من يحصل له الملك فيه ووجه قول ابي حنيفة ان القدرة
على الحفظ تحصل باليد لا بالملك الا ان الملك سبب اليد فاذا وجد الملك
لاحدهما واليد للاخر كان اعتبار اليد اولى ولان وجود القتيل يوجب
الضمان فوجب ان يجب على من كانت الدار في ضمانه لان الذي في ضمانه في حكم
الجناية كالمالك الا ترى ان عبدا لو كان في ضمان رجل وجنى جناية يكون
حامل الضمان على الذي العبد في ضمانه فكذلك هذا وهنا على اصله مسلم
لان من اصله ان يجعل الذي في ضمانه في حكم الجناية كالملك من جميع الوجوه الا
ترى انه قال في رجل غصب عبدا يكون الغاصب في جنايته كالمالك
حتى ان العبد لو جنى في يد الغاصب يكون هدرا ولو جنى على مولاه يكون
معتبرا فكذلك هذا الى اما ذكره ابو الليث وقال القدوري في هذه المسألة
في كتاب التقريب وقال زفر الدية على المشتري بعد الدار او اختار الفسخ
وان كان الخيار للبائع فالدية عليه اختار او فسخ لانه اعتبر من يملك
الدار عند ظهور القتيل فان كان الخيار للبائع فالملك له وان
كان للمشتري فالملك له والفسخ بعد ذلك او الاجازة يتعلق بالملك فيعد
كالبيع المستانف والجواب عن قياسهما حيث لا يعقل عليه لعدم الملك فلا
البائع لم يزل ملكه بعد البيع فنقول هذا الضمان ضمان ترك الحفظ والقدرة

ع

على الحفظ باليد فيكون القادر على الحفظ بمنزلة يد اصالة ويد المودع يد نيابة
فصار كيد الغاصب والمستعير والمستاجر ولا يقال اي نيابة في الغاصب قلنا
كلامنا في الدار والغصب في العقار لا يتحقق على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف
فصار يده يد امانة ولا يقال يرد على هذا المرتهن حيث لا يجب عليه العقل
وان كانت له يد اذا وجد القتيل في الدار المرهونة بل يجب على المالك لانا
نقول عين الرهن امانة وانما كانت ماليته مضمونة فصار يده في الدار كيد
المودع يد نيابة على انا نقول قالوا لا رواية فيه قوله لانه في يده مضمون
عليه اي المبيع وهو الدار في يد المشتري مضمون على المشتري بالقيمة كما في
المغصوب فانه مضمون بالقيمة فصار يد المشتري فيكون الدية على
العاقلة المشتري الذي في يده الدار لان القدرة على الحفظ باليد قوله
اذ به وفي بعض النسخ بها اي باليد وتذكير الضمير على تاويل العضو قوله
قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة حتى يشهد
الشهود انها للذي في يده وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الدار في يد الرجل فوجد فيها قتيل قال
لا يعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها له فان فخر الاسلام البزدوي
في شرحه يريد به اذا انكرت العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي وديعة
في يدك فالقول قولهم الا ان يقيم بينة على الملك لما عرف ان الظاهر
حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق هاهنا فوجب
اثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشتري
الدار التي في يد المدعي ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيد عليها حتى
يقيم البينة على الملك فكذلك هاهنا ولا يلزم ابا حنيفة انه يعتبر اليد في

استحقاق الدية حتى مات في الدار المبيعة في يد البايع يوجد فيها قتيل ان
الدية تجب على عاقلة البايع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يستحقها
يد الملك الا بالبينة وهذه المسألة من خواص الجامع الصغير **قوله** وان
وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين
اي قال القدوري في مختصره وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ولو وجد القتيل في سفينة فالقسامة على الذين في
السفينة من الركاب وغيرهم من الذين هم فيها والدية عليهم ولا شيء على
صاحب السفينة بخلاف ما اذا وجد القتيل في دار وفيها سكان
فانه تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلته لانه صاحب
الدار قادر على صيانته لقربه منها اذا كان في ذلك المصر واصحاب
السفينة لا يقدرون على صيانته لبعدهم من السفينة الا ترى انه
لا يدري انه هو ملكه يقدر على صيانته ما لم يقف عليه بخلاف الدار
حتى لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي ان يجب عليه كما في الدار كذا في
شرح الكافي وقال صاحب الهداية وهذا على ما روي عن ابي يوسف
ظاهر اي وجوب القسامة على من في السفينة من الركاب والملاحين
على ما روي عن ابي يوسف انه اوجب القسامة على السكان مع الملاك فيما
وجد في الدار وههنا لم يوجبها على السكان وفي مسألة السفينة
اوجبها على من فيها سواء كان مالكا للسفينة او راكبا فيها وذلك
لان السفينة في ايديهم وكان من فيها اخص بها من غيرها فكان ظاهرا
على رواية ابي يوسف وهما فرقا بين مسألة الدار ومسألة السفينة لما
والفرق ان السفينة مما ينقل ويحول فاعتبر فيها اليد دون الملك

فكان

فكان ضمان الدية فيها بثبوت اليد لا بالملك كالدابة اذا وجد عليها قتيل
يلزم العقل سائقها وقائدها الا ترى انه يلزم المكاري وان لم يملك السفينة
بخلاف الدار والمحلة لانها لا تنقل ولا تحول فاعتبر فيها الملك لان مالك الدار
اخص بالنصرة من الساكن وقد مر الفرق من عندهما قوله ولا يدخل الملاك
مع السكان **قوله** واللفظ يشمل اربابها اي لفظ القدوري وهو
قوله على من فيها يشمل بعمومه ارباب السفينة اذا كانوا فيها وقال شيخ
الاسلام خواهرزاده قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب اذا لم يكن
للسفينة مالك معروف فاذا كان لها مالك معروف فان القسامة
تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول يجب على الكل على الذين كانت
السفينة في ايديهم ومثل هذا التفصيل مر في الدابة **قوله** والمالك
في ذلك وغير المالك سواء اي مالك السفينة في وجوب القسامة على من
فيها وغير مالكها سواء وكذلك الحكم في المحلة اذا وجد فيها قتيل
تجب القسامة والدية على من فيها من مالك المحلة وغيره **قوله** وان
وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانهم اخص بالتصرف فيه وهو بنصرته من غيرهم فكان وجود
القتيل فيه كوجوده في محلتهم **قوله** وان وجد في المسجد الجامع او الشارع
الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال هذا لفظ القدوري ايضا
وذلك لان هذه المواضع لا يختص بها طائفة من المسلمين بل يتعلق بها حق
جماعتهم فما يجب لاجلها يكون في بيت المال وكذلك الحكم في مسجد جماعة
يكون لعامة المسلمين في السوق الا ترى الى ما قال في شرح الكافي ولو وجد في
سوق المسلمين او في مسجد جماعتهم فهو على بيت المال لان هذا امر شرع في

النائي عادة ولا يكون في السوق احد في الليالي ولا في مسجد جماعتهم حتى يكون
محفوظا بحفظهم وهذا موضع من المصر والمصر محفوظ بحرز السلطان او
عامة الناس فيكون الدية في مالهم وما لهم مال بيت المال ولا قسامة فيه لان القسامة
انما تجري في موضع يعرف قاتله او يتوهم وجود من يعرف قاتله وهذا لا يكون
في سوق المسلمين واراد به سوقا نائيا عن المحال اما الاسواق التي تكون في
المحال محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة والدية عليهم ولهذا اذا كان
في السوق النائي عن المحال من يسكنها في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة
يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع وان كانت
في دار خاصة في السوق يعقل عاقلته الدية والقسامة عليه لانه داخل
تحت صيانته فيكون الموصوف بالتقصير هو فيجب موجب التقصير عليه
كذا في شرح الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو وجد الرجل قتيلا في سوق
المسلمين او مسجد الجامع فالدية على بيت المال وليس فيه قسامة هكذا
ذكر محمد في الاصل وهكذا ذكر الطحاوي ايضا وفسره الكرخي فقال
انما يكون الدية على بيت المال اذا وجد في السوق التي هي للعامة او لجماعة
المسلمين فاما اذا كان مملوكا خاصة فهي على اربابها القسامة وعلى
عاقلتهم الدية ولو وجد في دار الوقف او في الارض الموقوفة فان كان الموقوف
معلومين فالقسامة والدية على الارباب ولو كان الوقف على المسجد
فهو كما لو وجد في المسجد فيجب على اهل المحلة القسامة والدية الى هنا لفظ
شرح الطحاوي قوله وكذلك الجسور العامة يعني اذا وجد القتيل
فيها تكون الدية على بيت المال ولا قسامة فيه كما اذا وجد في الشارع الاعظم
قوله كالشوارع العامة التي يليت فيها اي يلية السوق والشوارع

العامة

العامة ومعنى قوله وعند ابي يوسف يجب على السكان اي تجب القسامة
على من في السوق المملوكة سواء كانوا ملاكا او غير ملاك على ما عرف من مذهبه
والشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس على الاسناد المجازي او هو
من قولهم شرع الطريق اذا استبان كذا في المغرب قوله ولو وجد في السجن
فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن ذكره
تفريعا على مسألة المختصر قال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة في القتيل يوجد
في السجن لا يعرف من قتله الدية على بيت المال وقال ابو يوسف على اهل السجن
القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي ثم ذكر الكرخي قول محمد مع ابي حنيفة
ولهذا القدوري ذكر قوله مع ابي حنيفة وهما بالنصب فقال قال ابو
حنيفة ومحمد اذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال وقال ابو
يوسف على اهل السجن لهما ان بيت المال نائبة على السجن فلزمه نصرته
ومن فيه لا يدفع له ولا يتصرف وانما هو مقهور فلا يتعلق به حكم وما يلزم
للامام يكون في بيت المال ولان السجن لمصالح المسلمين كالجوامع فغنمه
لهم فكذا غرمه عليهم ولابي يوسف ان الظاهر ان القتل حصل من اهل
السجن فوجب ان يختص الضمان بهم قال القدوري وعلى هذا اصله في
اعتبار الساكن دون المالك وهذا معنى قول صاحب الهداية قال وهذه
فريعة المالك والساكن قوله بنى اي السجن قوله فاذا كان غنمه يعود
اليهم فغرمه يرجع عليهم اي اذا كان غنم السجن وهو نفعه يعود
الى المسلمين فغرم السجن يرجع على المسلمين ايضا لان الغرم بالغنم
قوله قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر اي باطل
القدوري في مختصره وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد عليها يد ولا هو

اخص بها لم يتعلق بها حكم فاما اذا كان يسمع منها عمارة مصر او قرية فعليهم
القسامة والدية واعتبروا في القرب ان يكون بحيث يسمع منه الصوت لان
الصوت اذا سمع منه فالغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب فتعلق بها الحكم
لانه ينسب حينئذ اهل العمارة الى التقصير وان لم يبلغ الصوت لا يلحق الغوث فلا
يجب شيء لعدم نسبة التقصير وقال الكرخي في مختصره وقال محمد واذا وجد القتيل
في فلاة من الارض ينظر في ذلك المكان فان كان ملكا لانسان فالقسامة على ذلك
الرجل الذي يملك ذلك الموضع وعلى قبيلته وعليهم الدية وان كان ذلك الموضع لا مالك
له وكان موضعا يسمع فيه الصوت من مصر من الامصار فعلى اقرب القبائل الى ذلك
الموضع من المصر القسامة والدية وان كان ذلك الموضع لا يسمع فيه الصوت فليس
على احد فان دمه هدر **قوله** وان وجد بين قريتين كان على اقربهما هذا
لفظ القدوري واشار بقوله وقد بينا الى ما ذكر عند قوله وان مرت دابة
بين قريتين وعليها قتيل ولكن هذا محمول على ما اذا كان يبلغ الصوت اليه **قوله**
وان وجد في وسط الفرات يمر بها الماء فهو هدر وهذا لفظ القدوري
في مختصره وقال الكرخي في مختصره واذا وجد القتيل في نهر جار صغير مما يقضى
فيه بالشفعة للشركاء فعلى عاقلة ارباب النهر وقال فيه بعد صفحة وان
وجد في ساحل الفرات او دجلة يجري به الماء فلا قسامة فيه ولا دية على احد
وان وجد محتبسا في موضع من دجلة او الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع
من حيث يسمع الصوت القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي فعن هذا عرفت ان
قيد الفرات في مختصر القدوري احتراز عن نهر صغير وكذا قيد الوسط
احتراز عن ان يكون محتبسا في شط الفرات وقال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في القتيل يوجد بين القريتين كان على اقربهما الى هنا لفظه

محمد رحمه الله واصله ان القسامة والدية انما شرعت على جماعة ينسبوا الى
التقصير فيما لزمهم من الحفظ وليس الفرات بداخل في ولاية احد ولا يلزم حفظه
احدا بل هو بمنزلة المفازة التي لا تدخل في ولاية احد فلا يستقيم نسبته الى
احد فوجب ان يكون هدرا فاما الدابة فلا تنفك عن الولاية والحفظ وما بين
القريتين منسوب الى اهلهما لا محالة وعلى اهل القرية حفظه فاذا وجد قتيل
على الدابة فيحال بسبب ذلك الى تقصيرهم فيما لزمهم وانما وجب ان يجعل
على اقربهما لما روي ان عمر حكم بذلك في قتيل وجد بين مرعانة وادعة
وارحب فجعل ذلك على وادعة لقربها وقال شيخ الاسلام خواهر زاده
في شرحه الاصل هذا اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه
اذا كان كذلك يجعل هذا قتيل دار الشرك واما اذا كان موضع انبعاث
الماء في دار الاسلام يجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث الماء في يد
المسلمين فيستوي ان كان قتيل مكان الانبعاث او مكان اخر دون ذلك
فهو قتيل المسلمين فيجب الدية في بيت المال اقول هذا الذي ذكره خواهر
زاده ليس بشيء لانه خلاف ما نص عليه محمد في الاصل والجامع الصغير حيث
اهدر الدم ولم يوجب شيئا في قتيل عثر به الفرات وكذلك روى الطحاوي
والكرخي في مختصريهما ولم يفسروا موضع انبعاث الماء اصلا ولان القسامة
والدية انما تجبان حيث تجبان على الجماعة لنسبة التقصير اليهم فيما لزمهم
من الحفظ وليس الفرات داخلة في ولاية احد فلم يكن حفظه لازما على احد
فلم يستقم نسبة التقصير الى احد فصار كالمفازة البعيدة التي لا يسمع
الصوت فيها ولا يلتفت الى موضع انبعاث الماء ولو كان لكون موضع انبعاث
الماء في دار الاسلام اثر في وجوب الدية لانه قتيل المسلمين لوجبت الدية اذا وجد

القتيل في دار الاسلام في المفازة البعيدة لانه قتيل المسلمين لا محالة فلما لم تجب
الدية في المفازة لانها ليست في ولاية احد فلان لا تجب في الفلوات لانه ليس في ولاية
احد ما فهم قوله واذا كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان
وهذا لفظ القدوري في مختصره يريد به اذا كان يسمع الصوت من القرى وهذا بمعنى
قوله على التفسير الذي تقدم وذلك لان شط الفرات في يد من يقرب منه الارى
انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه واذا كان في يدهم كانوا اخص به فلزمهم
القسامة والدية قوله بهائمهم فيها في الشاطئ وانث الضمير على تأويل الناحية
قوله علاف النهر الذي يستحق به الشفعة يتعلق بقوله في هذه يعني اذا وجد القتيل
في النهر الصغير تجب فيه القسامة والدية على عاقلة ارباب النهر ولا يكون هذه النسبة
التقصير اليهم لانه في ايديهم قوله قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة
بعينه لم تسقط القسامة عنهم اي قال القدوري في مختصره وسقط القسامة
هو القياس وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة ورد عن محمد مسئله وفي الاستحسان
لا يسقط وهو رواية الاصل لانا قد علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر
ولهذا تجب عليهم الضمان فاذا ادعى الولي على واحد بعينه فلم يرد على ما علمناه فلا
يتغير حكم القسامة بذلك ووجه القياس ان دعواه على واحد منهم ابراء للباقين
فلم يجز استحلافهم مع ابرائه الولي اياهم بيمين واحدة وقد مر تمام البيان عند
قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة ولذا اذا ادعى
على البعض لا باعيانهم قوله وقد ذكرناه اشارة الى ما ذكره بقوله ولو ادعى
على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ قوله قال وان ادعى على واحد
من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا الحكم لا يلزم اهل المحلة بظهور القتيل
الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم فقد نفى دعواه القتل عن اهل

المحلة

المحلة فسقط عنهم حكم ذلك وقد استوفينا البيان عند قوله هذا الذي
ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة فينتظم عنه لا محالة قوله
وان قال الذي التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في قوم التقوا
بالسيوف فاجلوا عن قتيل قال هو على اهل المحلة الا ان يدعي الاولياء على
اولئك او يعرف رجل بعينه فلا يكون على اهل المحلة ولا على اولئك الا
ان يقيموا البينة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وانما ذلك لان القتيل
اذا وجد في المحلة ولم يعرف قاتله تجب القسامة والدية على اهل المحلة
بحديث خيبر الا ان يدعي الاولياء على بعض المعينين من غير اهل المحلة
من ذلك لان دعواهم على غير اهل المحلة ابراء لاهل المحلة فلا يثبت
عليهم شيء ايضا بمجرد الدعوى بدون اقامة البينة لقوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر وقوله او يعرف رجل بعينه قال فخر الاسلام البزدوي
يعني به في الدعوى لا في ظهور القتل عليه واراد به الدعوى على رجل بعينه من
اولئك الذين اقتتلوا لا من اهل المحلة لانهم لو كانت الدعوى على واحد من اهل
المحلة لا يتضمن ذلك براءة اهل المحلة اذ لم تقم الحجة على الرجل الذي عينوه لان
القسامة تدل على ان القاتل منهم وتعيينه منهم لا ينافيها بخلاف التعيين من
غيرهم لانه ينافيها وقد مر ذلك قبل هذا او لا يقال ان الظاهر ان اولئك
القوم قتلوه لانا نقول الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق يقال اجلوا عن
قتيل اي انكشفوا او انفرجوا يعني ذهبوا او تركوا قتيلا قوله من اظهرهم
اي بينهم والظهر مقحم كما في قوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وفي الفائق
اقام فلان بين اظهر قومهم وظهرانيهم اي اقام بينهم والمقحم الاظهر وهو جمع ظهر

على معنى انه اقام بهم على سبيل الاستظهار بهم او الاستناد اليهم واما ظهرانيهم
فقد زيدت فيه الالف والنون على ظهر عند التثنية للتاكيد وكان معنى
التثنية ان ظهرا منهم قدامه وآخر وراءه فهو مكنوف من جانبيه هذا اصله ثم كثر
حتى استعمل في الاقامة بين القوم مطلقا وان لم يكن مكنوفا ذكره في الالمعي الزاك
قوله للحديث الذي رويناه اشارة الى ما ذكره في اوائل باب القسامة بقوله البينة
على المدعي واليمين على من انكر **قوله** ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض
لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة
وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية وهذه من مسائل الاصل
ذكرها تفريعا على مسالة المختصر يقال عسكر يعسكر معسكر اذا هيا
العسكر كذا في ديوان الادب والعسكر هو الجند وكان من حق الكلام ان يقال
في عسكر اقاموا بفلاة اي نزلوا او سكنوها لان المعسكر بفتح الكاف موضع
العسكر الا ان يقال اراد به العسكر المهيا ولفظ الكرخي وقال محمد في قتيل يوجد
في العسكر في فلاة من الارض ليس في ملك احد انه ان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من يسكن ذلك الخباء او الفسطاط القسامة والدية على عواقلهم وان وجد
خارجا من الفسطاط والخباء فعلى اقرب الاخبية منه القسامة والدية الى هنا
لفظه في مختصره وجملة الكلام فيه ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي واذا وجد القتيل في العسكر والعسكر في ارض فلاة فانه على القبيلة
الذين وجد في رحالهم لانهم اذا نزلوا فلاة صار كل قبيلة في محلة على حدة فكانت
صيانة ذلك الموضع عليهم هذا اذا نزلوا قبيلة قبيلة اما اذا نزلوا مختلطين
على اقرب اهل الاخبية الذي من في الخباء حتى لانه بمنزلة [illegible] معرفة [illegible]
في موضع قوم مجتمعين فاما ان كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الارض القسامة

القسامة والدية لان صاحب الملك اقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوكة لرجل
وفيها سكان وان كان العسكر في ملك من الارض فوجد قتيل في فسطاط رجل
فعليه القسامة مكررة عليه الايمان وعلى عاقلته الدية لانه بمنزلة دار وجد فيها
قتيل في المحلة فان القسامة تجب على صاحب الدار والدية على عاقلته لان امر
الصيانة اليه فكذا هنا ولو وجد القتيل بين القبيلتين من العسكر فعليهما
جميعا القسامة والدية ان كان القتيل اليهما سواء لانهما في وجوب الصيانة على
السواء بمنزلة قتيل بين المحلتين وان كان اهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا
قسامة في القتيل لان الظاهر ان هذا قتيل العدو وكذا في شرح الكافي والخباء
الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة قال ابن الجني في شرح ديوان
المتنبي في قافية النون اخبرني ابو بكر محمد بن الحسن عن ابي العباس احمد بن يحيى
قال قال لي يعقوب قال ابن الكلبي بيوت العرب ستة قبة من ادم ومظلة من شعر
وخباء من صوف وبجاد من وبر وخيمة من شجر وقنة وافنة من حجر
وان كان القوم لقوا عدوا فقاتلوا او لم يقاتلوا فوجد قتيل بين اظهرهم فلا
قسامة ولا دية وهذه المسألة ذكرت تفريعا على مسالة المختصر ايضا وهي
من مسائل الاصل وقال الكرخي في مختصره وان كان القوم قد لقوا عدوا فقاتلوا
فلا قسامة ولا دية في قتيل وجد بين اظهرهم وكذلك روى بشر عن ابي يوسف
قال قال ابو حنيفة اذا وجد القتيل في عسكر المسلمين بعد ما لقوا عدوهم
فكان بينهم قتال فلا قسامة فيه ولا دية وكذلك قال ابو يوسف وقال
هذا من قتل العدو واذا لم يكونوا لقوا عدوا ولا قاتلوا فان ابا حنيفة
قال في ذلك هو على ارباب الارض التي فيها العسكر فان لم يكن لها مالك فعلى عاقلة
اقرب الاخبية والفساطيط اليه القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله

وقوله قتالاً نصبه وجوه يحتمل ان يكون مفعولاً به على ارادة معنى المصدر
كقولهم لقي فلان في مجلس الامير الضرب او الاكرام اذا حصل له ذلك اي
حصل لهم القتال من العدو ويحتمل ان يكون حالا من ضمير الجمع على ارادة اسم
الفاعل من المصدر اي مقاتلين يعني لقوا العدو مقاتلين والمفعول به محذوف
ويحتمل ان ينتصب قتالا بمعنى مقاتلين مفعولا به ايضا صفة لمحذوف قائمة مقام
اي لقوا عدوا مقاتلين فقاتلوا مقاتلة ويجوز ان ينتصب تمييزا اي لقوا العدو
من حيث المقاتلة لان في لقيهم ابهاما اذ يجوز ان يكون ذلك بسبيل الصلح او
بسبيل العداوة او المقاتلة ويجوز ان ينتصب مفعولا له اي لقوا العدو لاجل المقاتلة
والحاصل ان القتال اذا نشب بين عسكر المسلمين وبين العدو ثم وجد القتيل بين
المسلمين فلا قسامة فيه ولا دية لان الظاهر انه من قتل العدو قوله فعلى
ما بينا اشارة الى ان القتيل اذا وجد في العسكر في فلاة فان وجد في الخباء
فهو على ساكنه وان وجد خارج الخباء فعلى اقرب الاخبية قوله وقد ذكرنا اشارة
الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة
وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا قوله قال واذا قال المستحلف
قتله فلان استحلف بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا غير فلان اي قال العدو
في مختصره يعني لا يسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب ان فلانا
صار مستثنى عن يمينه حيث قال ما قتله هو وهذا لا ينفي ان يكون المعو شريكا
معه في القتل او يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف على انه ما قتله
ولا عرف له قاتلا غير فلان قوله قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على
رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما اي قال القدوري في مختصره وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وقالا ابو يوسف ومحمد تقبل شهادتهما لان الولي لما

ادعى

الاستحقاق مضاف الى السبب الحادث لا الى القرابة فاما اذا صار وارثا
بسبب القرابة لكن امتنع عملها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت ولهذا
لو اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية
ثم تزوجها لم يبطل اقراره وهي مسألة الكتاب وقد مرت في كتاب
الاقرار وذكر في الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو
نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار
باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي
صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامراة ثم تزوجها
لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الاقرار وعند ذلك الاقرار صحيح لانه
وقت الاقرار لم يكن وارثا وقد مر في كتاب الاقرار فعن هذا عرفت
ان ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال لو اقر
لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره
بالدين جائز لان الكسب للعبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في
المعنى للمولى والمولى اجنبي منه **قوله** الا ان يجيزها الورثة استثناء
من قوله ولا تجوز لوارثه **قوله** ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه اي روي
قوله الا ان يجيزها الورثة في الحديث الذي رويناه في بعض الروايات
اعني ذكره لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة وفيه نظر **قوله** ولو
اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته دلالة على تسهيل
التفريع قال الامام في مختصره فان اجاز بعض الورثة ما كان موقوفا على
اجازتهم ورد بعضهم فان ذلك يجوز على المجيز منهم بقدر حصته مما اجازه
في نصيبه خاصة ويبطل ما في انصباء الرادين الى هنا لفظه رحمه الله

وذلك لانه له ولاية على نفسه دون غيره قال ولا يجوز ان يوصي المسلم للكافر
والكافر للمسلم اي قال القدوري في مختصره واراد بالكافر الذمي لان الحربي لا يجوز له
الوصية على ما نذكره واعتبر الوصية بالارث حيث لا يجري التوارث بين المسلم والذمي
ويجري الوصية بينهما وذلك لان الارث ولاية بطريق الخلافة لان ما كان للمورث
كان للوارث ولا ولاية مع اختلاف الدين واما الوصية فتمليك مبتدأ ولهذا لا يرد
الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث والاصل فيه
قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم
وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين وذلك لانهم اذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم
بهذا ثم منهم فالعدل معهم ان تبروهم اتم انصافا بحسن المعاشرة والصلة بالمال
كذا في التيسير والوصية لهم من المال من البر فكانت جائزة ولانه من اهل دار الاسلام
فجاز وصيته المسلم له كالمسلم وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وروي
عن صفية بنت حيي بن اخطب زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم انها اوصت
بثلث مالها لاخيها وهو يهودي وكان ذلك بمحضر الصحابة فلم ينكروا عليها واما
جواز وصية الكافر للمسلم فلانه لما جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم
قوله وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة والاصل فيه قوله تعالى
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم
ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون قال الامام في شرح الجامع الصغير وفي السير
الكبير ما يدل على الجواز وجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل
جاز لانه من اهل التمليك اما وصية الحربي المستأمن للمسلم او للذمي بماله كله فذلك جائز وسيجيء
بيانه في باب وصية الذمي وقال في مختصر الاسرار اذا اوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية
مع اختلاف الدار بلا خلاف للشافعي لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين

الآية

الآية ولان في دفع الوصية اليهم معونة لهم على حربنا وفي تكثير ما لهم اضرار
بالمسلمين فصار كما لو اوصى بالسلاح وبالعبد المسلم ولان من لا يجوز له الوصية بالعبد
المسلم لا يجوز الوصية له بما له كالوارث قوله قال وقبول الوصية بعد الموت فان
قبلها الموصى له حال الحياة او ردها فذلك باطل اي قال القدوري في مختصره اعلم
ان قبول الموصى له شرط لافادة الملك في الموصى به حتى لا يملك قبل القبول الا في مسألة
واحدة تجيء بعد هذا بيانها وعند زفر القبول ليس بشرط كالميراث وسيجيء
البحث معه بعد هذا ثم القبول لما كان شرطا عندنا اعتبر ذلك بعد موت
الموصي حتى اذا قبل الموصى له او رد في حياة الموصي فذلك باطل وذلك لان
الوصية تمليك متعلق بالموت الا ترى انه لو اوصى بثلث غنمه او ثلث ماله
استحق الموصى له ثلث ما يوجد في ملك الموصي عند الموت ولا يعتبر ما كان
في ملكه وقت الوصية واذا كان عقد الوصية ينعقد عند الموت كان
القبول بعد ذلك وما يوجد من القبول او الرد قبل الموت لا يعتد به
لانه قبل الايجاب وقال الكرخي في مختصره قبول الموصى له ورده انما يكون
بعد موت الموصي ولا ينظر الى رده ولا الى اجازته قبل الموت واذا قبل الموصى
له بعد موت الموصي ملك ما اوصى له به اذا كان قدر الثلث فان لم يقبل بعد
الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تدخل في ملكه حتى يقبل وهي خارجة عن
ملك الموصي بموته ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له حتى يقبل او يموت
الموصى له فيكون ما اوصى له لورثته من بعده وموته كقبوله عند اصحابنا الا
حسبه وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وجعلوا ذلك بمنزلة البيع اذا كان الخيار فيه
للمشتري دون البائع فمتى مات المشتري في الثلث فان البيع تم ويكون السلعة
موروثة عن المشتري الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله قال ويستحب ان يوصي

الانسان بدون الثلث اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية سوا كانت
الورثة اغنيا او فقرا او دونه لان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الوصية بالثلث لسعد
مع انه استكثر حيث قال الثلث والثلث كثير فيعلم ان الاستحباب في الوصية
بما دون الثلث وان كان الثلث جائزا اذا كان للاجنبي والمعنى منه انه اذا نقص عن
الثلث في الوصية كان ما نقص صلة للقريب **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث
اولى ام تركها قالوا اذا كانت الورثة فقرا والتركة قليلة فترك الوصية اولى
لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
ولان فيه صدقة على القريب فهو افضل لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح رواه ابو ايوب الانصاري في مسند احمد والكاشح هو الذي يضمر العداوة
في كشحه وهو الخاصرة ولان فيه رعاية الحقين جميعا حق الفقرا وحق القرابة وذلك لان
الوارث فقير ايضا فكان ترك الوصية عليهم انفع في حق الموصي لانه يحصل له الثواب
ولا يتاذى الاجانب بعدم الوصية لهم ولو اوصى يحصل له الثواب ولكن يتاذى به
الاقارب ودفع الاذى عنهم واجب فاما اذا كانت الورثة اغنيا والتركة
كثيرة فان شا اوصى وان شا ترك لان كل واحد منهما خير من وجه احدهما
صدقة والاخر صلة وبعضهم قالوا الوصية افضل الى الثلث لانه يحصل
به تدارك ما قصر وحوته والتدارك انما يقع بالصدقة ومعنى الصدقة
بالوضع عند الاجانب اكمل وقال في شرح الطحاوي الافضل لمن كان له
مال قليل ان لا يوصي بشي اذا كانت له ورثة لان الوصية صلة للاجانب
ولو لم يوص فانه يكون صلة للاقارب فهذا اولى والافضل لمن كان له مال كثير
ان لا يجاوز الثلث فيما لا معصية فيه ونقل في خلاصة الفتاوى عن الامام الفضلي
اذا كانت الورثة صغارا فترك الوصية افضل قال هكذا روي عن ابي يوسف

وان كانوا بالغين لانهم كانوا فقرا ولا يستغنون بثلثي التركة فترك الوصية
افضل وان كانوا اغنيا ويستغنون بالثلثين فالوصية افضل وقدر الاستغنا
عن ابي حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة اربعة آلاف وفي الموضع الذي اراد ان
يوصي ينبغي ان يبدا بالقرابة فان كانوا اغنيا فبالجيران **قوله** والاولى
اولى اي الصدقة على الاجنبي افضل **قوله** فان رد الموصى به عليه بالقبول
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في مسالة واحدة وهو ان يموت
الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته الى هنا
لفظ القدوري وعند زفر لا يتوقف ملك الموصى به على قبول الموصى له وهو
احد قولي الشافعي لان الوصية اخت الميراث وان كل واحد منهما يتعلق
الملك فيه بالموت ثم الميراث يكون بلا قبول من الوارث فكذا الوصية يصح
بلا قبول الموصى له كالبيع بخلاف الميراث فانه يثبت للوارث بسبيل الخلافة
بكونه قائما مقام المورث ولهذا يرد الوارث بالعيب ما اشتراه المورث
من غير رضاه بالعيب ويكون الوارث مغرورا فيما اشتراه المورث
وليس كذلك الوصية ولانه عقد تبرع فلا بد من القبول كالهبة وليس
لاحد الاملاك ان يلزم غيره ملكا في عين الارض الا ترى انه لو اوصى له بتل
تراب في داره يملكه الموصى له من غير رضا لحقه ضرر بنقل الموصى له لانه يلزمه
نقله من بيته وهو لا يجوز وليس ثبوت الملك في الوصية كثبوته في الميراث
وليس لهذا المورث ان يمنع الوارث عن الارث الا اذا سعى مانع شرعي
نحو الردة والقتل وللموصي ان يمنع الموصى له عن الوصية لان رجوعه يصح فلما
كان كذلك لم يلزم من عدم اشتراط القبول في الميراث عدم اشتراطه
في الوصية لان الميراث يدخل في ملك الوارث بلا اختيار منه شا او ابى وفي

الوصية للموصى له الخيار ولهذا ترتد بالرد فلما ارتدت بالرد دل على التوقف كالبيع
والهبة ثم القبول كما قال في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح وقبول
بالدلالة فالصريح ان يقول بعد موت الموصي قبلت والدلالة ان يموت الموصى له قبل
القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا
لورثته **قوله** قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له
قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته اي قال القدوري في مختصره وهذا
استثناء من قوله والموصى له يملك بالقبول يعني في المسئلة المستثناة يملك
بدون القبول قالوا وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية
لان تمامها موقوف على القبول وقد فات القبول بالموت فبطلت الوصية
كما بطل ايجاب البيع بموت المشتري قبل قبوله وجه الاستحسان ان الوصية
قد تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ وتوقفت على خيار الموصى له ان شاء
قبل وان شاء رد وصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري فمات المشتري
في الثلاث قبل الاجازة فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري
فلذا ههنا تكون الوصية موروثة عن الموصى له وتكون موته بلا رد كقبوله دلالة
قوله قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية اي قال القدوري
في مختصره وتمام لفظه فيه الا ان يبرئه الغرماء من الدين وذلك لان الدين
مقدم على الوصية بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر وقوله
تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وانما قدم الدين عليها لانه اهم لانه فرض
والوصية تبرع والاهم يقدم وذكر في التفسير عن علي رضي الله عنه انه قال
انكم تقرؤون في كتاب الله تعالى الوصية قبل الدين واني سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول الدين قبل الوصية ومعناه ان في الاية تقديما وتاخيرا

ثم هاهنا جميعا مقدمان على الميراث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
يعني ان الورثة لا يرثون الا بعد هذين فلما كان الدين مقدما على الوصية لم تجز
الوصية قليلة كانت او كثيرة مع احاطة الدين الا ان يبرئه الغرماء الموصي من
الدين فحينئذ تجوز وصيته في الثلث او في الاكثر منه على تقدير اجازة الورثة او عدمهم
لعدم المانع وهو الدين وهذا معنى قوله تنفذ الوصية على الحد المشروع
واورد الزجاج في تفسيره في الاية المذكورة سؤالا وجوابا فقال فان قال
قائل لم قال او دين وهلا كان من بعد وصية يوصي بها ودين فالجواب فيه ان
او تاتي للاباحة فتقول لواحد واحد على الانفراد وتضم الجماعة
فتقول جالس الحسن او الشعبي والمعنى جالس كل واحد من هؤلاء وهو اهل
ان تجالسه فان جالست الحسن فانت مصيب ولو قلت جالس الرجلين فجالست
واحدا منهما وتركت الاخر كنت غير متبع ما امرت به فلو كان من بعد وصية
يوصي بها ودين احتمل اللفظ ان يكون هذا اذا اجتمعت الوصية والدين
فاذا انفرد كان حكم اخر فاذا كانت او دلت على ان احدهما ان كان
فالميراث بعده وكذلك ان كان كلاهما فبلفظ او وقال في الكشاف
فان قلت لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة
قلت لما كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير
عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ويتعاظمهم ولا تطيب انفسهم بها
فكان اداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى
ادائه فلذلك قدمت على الدين بعثا على وجوبها والمسارعة الى
اخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة او للتسوية بينهما في الوجوب
قوله قال ولا تصح وصية الصبي اي قال القدوري في مختصره وقال ابن
الجلاب البصري المالكي وهذا من التفريع ووصية الصبي المميز جائزة وقال الغزالي

وجيز ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذي لا يعقل وفي الصبي المميز قولان وجه
قول مالك ما جاء في الموطأ عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه ان عمرو بن سليم الزرقي
اخبره انه قيل لعمر بن الخطاب ان ههنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه
بالشام وهو ذو مال وليس له ههنا الا ابنة عم له فقال عمر فليوص لها
فاوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلثين
الفا وابنة عمه التي اوصى لها هي ام عمرو بن سليم ولان هذا التصرف نافع لانه لو لم
يوص يزول عن ملكه ولا يثاب عليه في الآخرة وهذا نفع لا يحصل له من قبل
غيره فوجب ان يعتبر اهليته القاصرة في تنفيذ مثله قياسا على صوم
التطوع وصلوة التطوع ولا يلزم الشافعي عدم اعتبار اسلامه وقبول الهبة
والصدقة عنده لانه نفع يمكن تحصيله من جهة غيره فلا حاجة الى اعتبار الاهلية
القاصرة في ذلك ولنا ان الوصية تبرع محض بالاجماع والصبي ليس من اهل
التبرع ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحيوة بالاجماع بالهبة او الصدقة فكذا لا
يملكه بطريق الوصية ايضا قياسا على الاعتاق والاسلاف وكونها تبرعا لان
الوصية ازالة المال الى الغير بعد الموت بلا عوض يستحق له ظاهرا ولا نعني
بالتبرع بالمال الا هذا والجواب عن قول الخصم انه لو لم يوص يزول عنه المال
ولا يثاب وبالوصية يثاب قلنا لا نسلم انه لا يحصل له الثواب لان ترك المال
على الوارث سبب الثواب بسبب الخير الا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم
لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس والترك
على الوارث ازالة الى من اختاره الشرع فكان اولى من الازالة الى من اختاره
بنفسه واختياره باهليته قاصرة لا يعتبر في مقابلة اختيار الشرع وفي
الجواب عن حديث عمر تخبطت اجوبة المشايخ قال بعضهم يحتمل انه انما اوصى في
تجهيزه وتكفينه واقامة من مصالح نفسه ومثل ذلك يصح من الصبي عندنا وقال

بعضهم

بعضهم كان هو مدركا وانما سمي غلاما بمجاز القرب عهده بالبلوغ لانه لم
يمض عليه زمان كثير من وقت بلوغه وفيها نظر عندي لانه صرح الراوي
بانه اوصى لابنة عم له فالتكليف يسمي ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يقال
يحتمل انه كان ادرك لكن سمي غلاما بمجاز الا انه صح في رواية الحديث انه كان غلاما
لم يحتلم والجواب الصحيح ان نقول من ادرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد
بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في اجماع الصحابة حتى لا يثبت
اجماعهم مع خلافه وهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يثبت اجماع الصحابة
في الاشعار لان ابرهيم النخعي كان يكرهه وهو ممن ادرك عصر الصحابة فلا يثبت
اجماعهم بدون قوله كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في اصوله في فصل خلاف التابعي
قبل باب القياس ثم روى اصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن انهم قالوا
لا يجوز وصية المراهق فبطل الاحتجاج بالاجماع لانه لا اجماع للصحابة مع خلافهم
فبقي تقليد الصحابي وهو ليس بواجب عند الخصم فلا يصح به على ان عندنا
لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس على ما ذهب اليه الشيخ ابو الحسن الكرخي وما
نحن فيه مما يدرك بالقياس على ما ذهب اليه الشيخ ابو الحسن الكرخي وما نحن فيه
مما يدرك بالقياس فلا نقلده والله اعلم وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي ولذلك ان اوصى ثم ادرك ثم مات لم تجز وصيته وان صار
اهلا لانه وقع تصرفه باطلا لعدم الاهلية فلا يتوقف ولذلك المجنون
كذلك المجنون ولذلك اذا قال الصبي اذا ادركت ثم مت فثلثي لفلان بخلاف
العبد اذا قال ان اعتقت ثم مت فثلثي لفلان لان العبد من اهل الوصية
لكن منع تعلق حق الغير بكسبه فاذا اضافه الى حالة لا حق لاحد فيها في اكسابه
واموره صح فاما الصبي فليس من اهل الوصية لخلل في شرائط الاهلية فلا يعتبر
تصرفه مضافا ومنجزا **قوله** الا وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم

اي قادية يقال غلام يفع ويافع ويفعة وقد ايفع يوفع ايفاعا اذا تحرك
وشب والجمع ايفاع واليفاع قطعة من الجبل والغلظ يرتفع عما حولها
كذا في الجمهرة قوله في سبيل القربى اي القربة وهي ما يتقرب به الى الله تعالى
قوله ولو لم تنفذ بقي على غيره اي لو لم تنفذ الوصية يبقى المال على غير
الصبي ولو نفذت بقي ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله
فكانت الوصية اولى من تركها قوله ولئن انه تبرع ذكر الضمير الراجع الى
الوصية على تأويل الايصاء قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وهذا جواب عما تمسك الخصم بحديث عمر
ولكنه ليس بجواب مقنع وقد مر بيانه آنفا قوله والمعتبر في النفع
والضرر النظر الى وضع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال يعني ان الوصية
في وضعها فيها ضرر لزوال الملك عن الموصي وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع
في حق الصبي الا ترى ان الطلاق والعتاق لا يملكان من الصبي لانه ضرر لزوال الملك
وان كانا قد يقعان نفعا بحسب اتفاق الحال كما اذا كانت المرأة ذميمة
الوجه متخلقة باخلاق ردية لا يملك طلاقها حتى يتزوج اختها الحسناء
في صفاتها وان كان يحصل له نفع في اختها وكذا لا يملك ان يعتق عبده
وان كان يحصل له نفع من ارتفاع مؤنة النفقة والكسوة ولذا الوصية
لا تصح من الصبي لوجود الضرر في وضعها وان كان يحصل نفع الثواب
باتفاق الحال قوله قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء قال
القدوري في مختصره وهكذا لان مال المكاتب لا يحتمل التبرع ولهذا
لا يصح عتقه وهبته فاذا لم يحتمل ماله التبرع لم تصح وصيته لانها تبرع
لزوال الملك بلا عوض قوله وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما

يصح

يصح رد الى المكاتب بقوله كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك
والخلاف فيها معروف عرف في موضعه يعني كما يصح اعتاق المكاتب عندهما وكذا
المسألة تصح وصية المكاتب ايضا عندهما اذا ترك وفاء لانه يعتق في آخر
جزء من اجزاء حياته وعند ابي حنيفة لا يعتق ما ملكه بعد العتق في تلك
المسألة فكذلك هنا لا تنفذ وصيته وان ترك وفاء وتلك المسألة مشهورة
في المختلف وفي اصل العتاق وفي باب الحنث في ملك العبد والمكاتب من ايمان
الجامع قال محمد في الجامع ان العبد او المكاتب اذا قال كل مملوك املكه فيما
استقبل فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لا يعتق عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد يعتق قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع ههنا مسائل
ثلاث احدها قوله كل مملوك املكه اذا اعتقت فهو حر فعتق ثم ملك عبدا
عتق بالاجماع لتعلقه العتق بالملك الحاصل له بعد العتق وهذا الملك
يصلح للاعتاق ولا فرق بين هذا وبين الصبي اذا قال كل عبد املكه بعد
البلوغ فهو حر فبلغ فملك عبدا لا يعتق لان الصبي ليس من اهل التصرف
ويلغو تصرفه تنجيزا وتعليقا لانعدام اهليته والعبد اهل للتصرف
لكونه عاقلا بالغا الا ان تنجيز عتقه لم يصح لعدم شرطه وهو الملك فاذا
علق على الملك ظهر شرطا له صح والثانية قوله كل عبد املكه فهو حر فعتق
فملك عبدا لا يعتق لان هذا ينصرف الى المملوك في الحال وله في الحال نوع
ملك وقوله املك موضوع للحال حقيقة لا اصالة والثالثة قوله كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر وهو على الخلاف الذي مر وهما يقولان ينصرف
قوله املك فيما استقبل الى كل ما يملك اي حر عم كما في الحر عملا باطلاق
وهو يقول العبد والمكاتب نوع ملك فيتعلق ما علقه بهذا الملك القائم للحال

لعدم ما يوجب تغييره ولا يتعلق بما ليس بثابت الا بالنص على الاضافة اليه
وانعدمت الاضافة الا ترى ان في قوله املك بدون قوله فيما استقبل وهي
المسئلة الثانية يتعلق به ولا يحمل قوله املك عبارة عن الاستقبال
وان كان اللفظ موضوعا له ايضا لانعدام دليل تغيير الحال وعدم الاضافة
الى ما ليس بثابت ومثل القدوري في هذا التقريب لان حقيقة ان العبد له
ملك بدليل ان الرجال الرق على وضع الخان قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا
وله مال فماله للبائع ويقال دابة للعبد وثوبه وله ملك في المستقبل بما يضاف
اليه على الحقيقة وهو ما بعد الحرية ومن اصله ان اللفظ لا يحمل على الحقيقة
والمجاز فوجب حمله على احدهما فاعتبار الحال اولى لانه اظهر ولانه يجوز ان
علقه للمستقبل ويجوز ان لا يملك واذا حملت اليمين على حال الرق لم يعتق
ما ملكه حال الحرية فكان حمل اللفظ على الحقيقة اولى من حمله على المجاز ولانا اذا
حملناه على ما بعد العتق صححنا اليمين واذا حملناه على الحال ابطلنا اليمين وحمل كلامه
على الصحة اولى لذا في عتاق التقريب **قوله** قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل
اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان الوصية للحمل تصح لانه من اهل استحقاق الحقوق ولهذا استحق
الميراث والوصية اخت الميراث لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت
فيستحقها ايضا ولكن يشترط ان يعلم وجوده وقت الوصية بان ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي على ما ذهب اليه ابو الليث في
نكت الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وصحح ما ذهب اليه
الطحاوي شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واما اذا ولدت
لستة اشهر او لاكثر فلا وصية له لاحتمال الوجود والعدم حينئذ ولا

يجوز

يجعل مستحقا بالشك وقد فرقوا بين الهبة للحمل حيث لا يجوز وبين الوصية
للحمل حيث يجوز لان الهبة تمليك محض ولا ولاية لاحد على الحمل في ان يملكه
شيئا والوصية فيها معنى الاستخلاف حيث جعله الموصي خليفة في
بعض ماله وهو يصلح لذلك بدليل خلافته في الارث وكذا الوصية بالحمل
ايضا جائزة لوجوده وقت الوصية لان الكلام فيما اذا علم وجوده بان ولد
لاقل من ستة اشهر وجملة الكلام فيه ما قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي اما الوصية بالحمل كما اذا اوصى لرجل بما في بطن جاريته ولم يكن ذلك
الولد من المولى او اوصى له بما في بطن دابته اذا علم انه كان موجودا في البطن
وقت الوصية فان الوصية جائزة ومعرفة ذلك بان جاءت لاقل من ستة
اشهر من موت الموصي وذكر الطحاوي انه يعتبر المدة من وقت الوصية
ولو ولدت لتمام الستة اشهر بعد موت الموصي او لاكثر فان الوصية
باطلة لجواز ان يكون الولد حادثا بعد هذا الا اذا كانت الجارية في
العدة حينئذ لاجل ثبوت النسب يعتبر الى سنتين ولذلك وجوب
الوصية يعتبر الى سنتين وان لم تكن في العدة حينئذ يعتبر لاقل من
ستة اشهر ففي الجارية والدابة سواء ولو اوصى بالجارية لانسان وبما في
بطنها لآخر فانه يجوز الا اذا ولدت ولدا لاكثر من ستة اشهر بعد
موت الموصي او لستة اشهر حينئذ لا يجوز الوصية في الولد وكلاهما للموصى
له بالجارية واما الوصية للحمل كما اذا اوصى بثلث ماله لما في بطن فلانة
فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي وذكر
الطحاوي انه يعتبر من وقت الوصية وكذا اذا اوصى بثلث ماله لما في بطن
دابة فلان ليعلف عليها فانه يجوز الوصية اذا قبل ذلك صاحبها

الاستخلاف

وبعشرة فله المدة على ما ذكرنا ولو اقر لما في بطن فلانة فذلك على ثلثة اوجه
في وجه يجوز بالاجماع وفي وجه لا يجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه فاما الوجه
الذي يجوز بالاجماع فهو ما اذا اقر بالمال وبين السبب كما اذا اقر لما في
بطن فلانة على الف درهم لاني قد استهلكت ماله او سرقت او غصبت
فهذا كله سبب صحيح يجوز اقراره به واما الوجه الذي لا يجوز بالاجماع فهو
كما اذا اقر لما في بطن فلانة على الف درهم لاني قد استقرضت منه
فهذا لا يجوز لانه احال بكلامه واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو كما اذا
قال لما في بطن فلانة على الف درهم مطلقا فهذا الاقرار باطل لان الاقرار
المطلق يحمل على المداينة وذلك محال من الولد الذي لم يولد بعد وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد هذا الاقرار صحيح كذا في شرح
الطحاوي وقد مر الاقرار للحمل بوجوهه الثلاثة في كتاب الاقرار **قوله**
وبابها اوسع اي باب الوصية والدليل على سعة بابها ان الوصية يصح في
غير الموجود الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره في رجل اوصى له بثمرة بستان
وهو يخرج من ثلثه ثم مات فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كان فيه
ثمرة فليس له الا تلك الثمرة وان لم تكن فيه ثمرة فله ثمرته ابدا من الملك
وان اوصى له بغلته فله غلته ابدا من الملك لان الغلة على الابد والثمرة
على العاقبة بعينها ليس له غيرها واذا كان البستان ليس له مال غيره اوصى
بغلته لرجل ابدا وبه ثمر او ليس فيه ثمرة فهو ثلث الملك الثمرة التي
فيه وثلث ما يستقبل من ثمرته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قال
ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء اي قال القدوري في
مختصره يعني يكون الجارية للموصى له بها ويكون الحمل للورثة وذلك لان لفظ الجارية لا

يتناول

يتناول الحمل لغة لانه لا يفهم منها فاذا كان كذلك صح افراد الام
بالايصاء باستثناء الحمل واستحقاق الموصى له الحمل عند اطلاق
الوصية بالجارية اعني عند عدم استثناء الحمل على طريق التبعية
للام لا باعتبار ان الجارية يتناوله لغة ولان ما صح افراده بالعقد
صح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه وما لا يصح
افراده لا يصح استثناؤه كما في شرى جارية الا حملها **قوله** وقد مر في
البيوع اي في باب البيع الفاسد **قوله** قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوصية تبرع فيجوز الرجوع فيه
كما في الهبة بل بالطريق الاولى لان الهبة تتم بالقبض والوصية لا تتم
الا بالقبول بعد موت الموصي فاذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها لكونها
تبرعا فلان يجوز الرجوع في الوصية قبل التمام بالطريق الاولى لانه لا
الزام على المتبرع والى هذا اشار بقوله وقد حققناه في كتاب
الهبة ولان عقد الوصية لا يتم الا بقبول الموصى له والقبول موقوف
على موت الموصي فقبل موته يكون ايجاب الموصي مجردا ايجابا بلا قبول
وابطال الايجاب قبل القبول صحيح كما في البيع **قوله** قال واذا صرح بالرجوع
او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اي قال القدوري في مختصره اما صريح
الرجوع فقوله رجعت عن الوصية فهو صحيح لما قلنا ان الوصية تبرع او
القبول فيها موقوف على الموت وكذا دلالة الرجوع لان الدلالة تعمل
عمل الصريح ولهذا كان الثابت بالدلالة كالثابت صريحا فاذا فعل
الموصي ما يدل على الابطال قام مقام قوله ابطلت وصيتي كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا فعل المشتري ما يدل على ابطال خياره وقت

الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله قال في الاصل اذا اوصى رجل لرجل بثوب
من قطعة وخاطه قميصا او بقطن ثم غزله او بغزل ثم نسجه او بحديد ثم صنع
منها اناء او سيفا او بفضة بتبر ثم صاغ منها خاتما او غير ذلك او بسويق
ثم لته او بدار ثم بنى فيها هذا كله رجوع ولو اوصى بقطن
ثم حشا به او ببطانة ثم بطن بها قباء او بظهارة ثم ظهر بها ثوبا او اوصى
بثوب او بعبد ثم باعه ثم اشتراه ثم مات وهو عنده هذا رجوع وقد
بطلت الوصية وكذلك لو اوصى بشاة ثم ذبحها او بقميص ثم نقضه فجعله قباء هذا
كله رجوع في الوصية ولو اوصى له بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او
هدمها هذا ليس برجوع في الوصية من قبل انه لم يتغير الدار عن حالها
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والاصل في ذلك ان كل فعل لو فعله انسان
في ملك الغير انقطع به حق المالك فاذا فعل الموصي ذلك الفعل بعد
الوصية كان ذلك رجوعا منه كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها
او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله انية سقط
حق المغصوب منه فاذا فعل الموصي ذلك بعد الوصية كان رجوعا والى
هذا اشار بقوله وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب لان تعلق
حق المالك بملكه منع من تعلق حق الموصى له بالوصية فاذا كان هذا الفعل
يسقط حق المالك فلان يسقط الوصية اولى وكل فعل يوجب زيادة في الموصى
به حتى لا يمكن تسليمها الا بتسليم تلك الزيادة ولا يجب ذلك عليه فذلك
على الرجوع كما اذا لت السويق الموصى به بسمن او بنى بناء في الدار الموصى بها وكذا
اذا اوصى بقطن ثم حشا به او بثوب فجعله ظهارة او بطانة لانه لا يجب عليه

نقض

نقض ذلك لكونه تصرفا في ملكه وهذا بخلاف تجصيص الدار وهدم بنائها
حيث لا يكون رجوعا لان البناء تبع والتجصيص زينة وكذا لو غسل الثوب
الموصى به لانه ازالة الوسخ وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما
اذا باع الموصى به ثم اشتراه لان البيع اوجب زوال الملك فمحال ان تبقى الوصية
معها واذا ذبح الشاة الموصى بها كان بمجرد الذبح رجوعا وكان ينبغي ان لا
يبطل الوصية لانه نقصان كما اذا قطع ثوبا ولم يخطه او هدم بناء دار ولكن
نقول يبطل الوصية لان الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان دليل
الرجوع لانه تصرف لا يبقيه على الوقت الموت لان اللحم قلما يبقى الى
الوقت الموت فصار من هذا الوجه دلالة الرجوع قال في التحفة ولو
اوصى بقميص ثم نقضه وجعله قباء يكون رجوعا ولو لم يخطه قباء ولكن
نقض القميص فيه اختلاف المشايخ **قوله** فكان بمنزلة ما لو كان غسل
الثوب الموصى به تقريرا للوصية لانه يراد به ان يكون الموصى به على انظف حال
ولا يراد به استبقاؤه على ملك نفسه الا ترى الى قوله تعالى ولا تيمموا
الخبيث منه تنفقون قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوصية على
اربعة اوجه في وجه يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا وفي وجه لا
يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا وفي وجه يحتمل الفسخ من جهة القول
ولا يحتمل من جهة الفعل وفي وجه يحتمل الفسخ من جهة الفعل ولا يحتمل من جهة
القول اما التي يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا فهو الوصية بالعين
لرجل وفسخها من جهة القول ان يقول فسخت الوصية او رجعت عن تلك الوصية
واما فسخه من جهة الفعل فهو ان يبيعه او يعتقه او يخرجه من ملكه بوجه
من الوجوه واما الوجه الذي لا يحتمل الفسخ من جهة الفعل والقول جميعا فهو التدبير

واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه بالقول ولا يجوز بالفعل فهو الوصية بربع ماله
او ثلث ماله لو رجع عنه بالقول جاز ولو اخرجه عن ملكه بالبيع والهبة لم يبطل
الوصية وينفذ الوصية من ثلث الباقي واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه من جهة
الفعل ولا يجوز من جهة القول فهو التدبير المقيد نحو ان يقول اذا مت
من مرضي هذا فانت حر بعد موتي لو رجع منه بالقول لم يصح ولو رجع بالفعل صح
كما اذا باعه وصار رجوعا يعني اذا باعه ثم لم يشتره فلو اشتراه عاد الى
الحال الاول كذا ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا **قوله** قال وجحود
الوصية لم يكن رجوعا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان القدوري ره لم يذكر الخلاف
في هذه المسئلة في المختصر ولم يذكر الخلاف محمد ايضا في كتبه ولكن جعل الجحود
رجوعا في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعا في الجامع الكبير فعن هذا اختلف
المشايخ فيه منهم من قال في المسئلة روايتان ومنهم من قال ما ذكر في
الجامع جواب القياس وما ذكره في الوصايا جواب الاستحسان كذا ذكر
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ومنهم من قال ان الفرق بينهما
لوضع المسئلة لان في كتاب الوصايا جحد بحضرته فصار رجوعا وفي مسئلة الجامع لم
يجحد ولكن امر الشهود بان يكذبوا اذا اشهدهم بالكذب لا يكون رجوعا
كذا ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ثم قال الفقيه والصحيح ان
يقال ان في المسئلة اختلافا لانه روي عن المعلى بن منصور انه قال
سألت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد فقال يكون رجوعا
وسألت محمدا فقال لا يكون الجحود رجوعا فثبت ان الذي قال في الوصايا قول ابي
يوسف والذي قال في الجامع قول محمد الى هنا لفظ الفقيه وجملة القول فيه انه

قال

قال الكرخي في مختصره ثم نقل عن ابي يوسف في نوادره قال ابو يوسف
في رجل اوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية
او قال لم اوص بهذه الوصية قال هذا رجوع منه في الوصية قال معلى
وسألت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا وقال محمد في الاصل في
رجل اوصى لرجل بعبد ثم اوصى به لاخر في المسائل التي قدمنا ذكرها ولو لم
يوص به لاخر ولكن جحد الوصية للاول وقال لم اوص له به فهذا رجوع ولم
يضف محمد القول الى احد فقال ولذلك لو قيل له اوصيت لفلان بعبدك
فلان فقال لا فهذا رجوع قال ولو قيل له اوصيت لفلان بعبدك
فلان قال لا ولكن اوصيت به لفلان كان رجوعا عن العبد وهو موصى له
بالاته وقال في الجامع الكبير في رجل اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال بعد
ذلك اشهدوا اني لم اوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا منه رجوعا
عن وصيته لفلان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه ما ذكر في الجامع وهو القياس
ان قوله لم اوص به كذب محض لانه قد كان اوصى والكذب مما لا يتعلق به
حكم فيجعل كونه وعدمه بمنزلة كمن قال لامرأته لم اتزوجك ونوى الطلاق
لا يصح لانه كذب محض فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة ولان الجحود في الوصية لا
يتحقق لان وجوبها بالموت ولم يجب في الحال بدليل ان الموصى له لو قبل في
الحيوة ثم قبوله بعد الوفاة فلما ثبت ان وجوبها بعد الموت ولم يجب في الحال
فالموصي صادق في مقالته انه لم يوص بمعنى لم يوجب له الوصية بعد ولان جحود
الوصية نفي لها فيما مضى على معنى ان الوصية لم تكن واقعة وانتفاء الوصية
في الحال يلزم من ضرورة نفيها في الماضي ضمنا وما ثبت في ضمن شيء انما يصح اذا
ثبت المتضمن ولا يثبت المتضمن لانه كذب ولا ثبت ما في ضمنه ايضا وهو

الاستيفاء في الحال لانه بنا على ذلك فكانت الوصية ثابتة في الحال فلغا الجحود ولان
الجحود ليس برجوع لان الجحود عبارة عن اثباتها في الماضي وابطالها في الحال
والجحود عبارة عن نفيها اصلاً في الماضي والحال جميعاً فاذا كان الرجوع اثباتاً في
الماضي والجحود نفياً في الماضي لا يكون الجحود رجوعاً لما فيه بين الاثبات والنفي
ووجه ما ذكر في كتاب الوصايا وهو الاستحسان وهو ان الجحود وان كان نفياً محضاً
الا انه يصلح كناية عن الفسخ لان بين الجحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص فان الجحود
ما ينفي العقد في الماضي والمستقبل والفسخ ما ينفي العقد في المستقبل فكان
بينهما موافقة في المعنى الخاص فان بعد الكمال جعلته يجعل كناية عن الفسخ
وصار قوله لم اوص بها بمنزلة قوله فسخت وصية فلان ولو نص على ذلك صح لان
الموصي يملك الرجوع من الوصية بخلاف ما اذا قال لامراته لم ازوجك لانه لا يملك ان
يجعل كناية عن الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ الا ترى انهما لو تفاسخا لا ينفسخ ولا يعقد
ان يجعل كناية عن الطلاق لانه ليس بينهما مشابهة لان الجحود ينفي العقد والطلاق
مما لا ينفي النكاح وانما يقطع ملك النكاح لا النكاح ولهذا لا يسقط به الطلاق
اذا كان بعد الدخول بخلاف ما لو قال لا نكاح بيني وبينك او لست لي بامراة لا يحتمل
الطلاق بان يريد لست لي بامراة لاني طلقتك لانه لو صرح بذلك استقام فكذا
اذا اضمر ولان جحود الوصية يجعل رجوعاً عنها لان كل من يملك الشيء ليس
براض بوجوده ودلالة الا ترى ان جحود الموكل الوكالة حجر على الوكيل وجحود
المتبايعين البيع فسخ واقالة وجحود المودع فسخ لعقد الوديعة فكذلك ههنا
ولان الجحود لو لم يحمل على الرجوع كان كذباً وحمل امور المسلمين على الصحة اولى ثم
ولان الجاحد ناف للوصية في الماضي والحال جميعاً ونفي الوصية في الحال صحيح فاذا صح
الرجوع كان اولى وهذا معنى قوله في المتن لان الرجوع نفي في الحال والجحود

الرجوع

نفي

نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعاً **قوله** ولو قال كل وصية اوصيت
بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً وهذه المسئلة مع ما بعدها الى
التمام من مسائل الجامع الكبير الحقها بالمسائل باخر الوصية وكلها مذكورة في مختصر
الكرخي وقد ذكرها صاحب الهداية فيه على سبيل التفريع ولو قال كل
وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة يكون رجوعاً وفرق صاحب الهداية
بين المسئلتين بان الوصف يستدعي بقاء الاصل يعني ان وصف الوصية
بانها حرام او ربا يقتضي كون اصل الوصية باقياً لانه لا وجود للصفة
بدون قيامها بالموصوف فلما اقتضى الوصف بقاء الاصل لم يكن الوصف
بالحرمة او الربا دليل الرجوع بخلاف قوله فهي باطلة لان الباطل هو
المضمحل المتلاشي فكان قوله فهي باطلة دليل الرجوع وفرق في شرح
الجامع الكبير بوجه اخر وهو ان قوله فهي باطلة وصف للوصية بما يتصف بعد
الرجوع لان الوصية بعد الرجوع والفسخ توصف بكونها باطلة الا ترى ان الموصي
يقول وصية فلان باطلة لاني رجعت عنها وصح هذا الوصف وانما يصح اذا بطلت
بالرجوع عنها اما قوله فهي حرام عليه او فهي ربا وصف للوصية بما لا توصف به
لا قبل الرجوع ولا بعده اما قبل الرجوع فظاهر لانها ليست بحرام ولا ربا واما
بعد الرجوع فلان الوصية لا توصف بكونها حراماً او ربا فلغا هذا الوصف
وصار بمنزلة ما لو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لي **قوله** ولو قال
اخرتها لا يكون رجوعاً لان التاخير ليس للسقوط قال الكرخي في مختصره قال
ابن سماعة عن محمد لو ان رجلا اوصى بوصايا الى رجل فقيل له الا تستدرك
فاخر الوصية فقال قد اخرتها فليس هذا برجوع عن الوصية الا ترى انك
لو قلت لرجل عليه دين قد تركت مالك عليك من دين كان تركاً ولو قلت قد اخرته عنك

لم يكن رجوعًا ههنا لفظ الآخر **قوله** ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعًا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى لرجل
ثم اوصى لآخر اي يكون العبد بين الموصى لهما نصفين قال الفقيه ابو الليث في كتاب
الوصايا واذا اوصى لرجل بعبده وهو يخرج من ثلثه ثم اوصى بذلك العبد لآخر فهو بينهما
نصفين لان الوصية اثر في المسألتين يحتمل ان يثبت حقان في المسألتين في شيء واحد
الا ترى ان الشفعة تجب لاثنين ولا اثر في دار واحدة ويجب القصاص في نفس واحدة
لاثنين ويكون لكل واحد منهما الحق على الكمال فلذلك ههنا يجب لكل واحد منهما حق الوصية
في جميع العبد الا انه لما تضايق حقهما يجعل القاضي العبد بينهما نصفين فان الاصل
في هذه المسائل ان الموصي اذا اضاف الوصية الثانية الى الموصى به لا يكون رجوعًا
يكون الوصية لهما جميعا والحوالة اضاف الوصية الثانية الى الوصية الاولى يكون رجوعًا
وهو ان يقول العبد الذي اوصيت به لفلان قد اوصيت به لفلان صار ذلك رجوعًا
لانه جعل الوصية الاولى للثانية الى العبد لم يكن رجوعًا وهو ان يقول اوصيت
بهذا العبد لهذا الرجل لرجل آخر لا يكون رجوعًا لانه يجوز ان يجتمع حقان في عبد
واحد ولو انه قال العبد الذي اوصيت به لفلان وقد اوصيت به لفلان لا يكون
رجوعًا لان الواو للعطف والعطف انما يكون [illegible] بعد ذكر المعطوف عليه فاذا
اوصى للثاني بعد تقرير الاول لا يكون رجوعا ولكن يثبت لهما جميعًا ولو قال العبد
الذي اوصيت به لفلان فقد اوصيت به لفلان يكون رجوعًا لان الفاء للوصل مع
كونه للعطف فقد وصل الوصية الثانية بالوصية الاولى وجعل تلك الوصية
للثاني فيصير رجوعًا كما قالوا في باب المضاربة اذا دفع الى رجل مالا مضاربة وقال له
خذ هذا المال مضاربة واعمل بالكوفة فله ان يعمل في غير الكوفة ولو قال خذ هذا
المال فاعمل بالكوفة ليس له ان يعمل في غيرها لان الفاء للوصل والواو للعطف فلذلك

ههنا

ههنا ولذا اذا قال هو لفلان وارثي يكون رجوعًا عن الاول قال في الجامع الكبير
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي فهو رجوع وهو للوارث ان
اجازها الورثة وان لم يجيزوه فهو ميراث وذلك لانه لما قال هي لفلان وارثي نقل جميع تلك
الى وارثه وصح النقل لان الوصية للوارث صحيح الا انها تتوقف على اجازة الورثة فكانت
الوصية للوارث بثلث ماله كالوصية للاجنبي بما زاد على الثلث فلما صح النقل كان رجوعًا
عن الوصية لفلان ووصية للوارث فان اجاز بقية الورثة جازت ولم تكن للورثة
وان لم يجيزوا بطلت وكان ميراثًا للورثة وهذا معنى قوله وقد ذكر بحكمه اي حكم
الارث للوارث يعني ان اجازوا الوصية جازت والا بطلت **قوله** ولو كان فلان
الآخر ميتًا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها يعني لو قال كل وصية اوصيت بها
لفلان فهي لفلان الآخر وكان فلان الآخر حين اوصى له ميتا لم يصح الرجوع
لانه لم يصح النقل عن الوصية الاولى لان الوصية للميت باطلة فصار كانه لم يوص لآخر
بعد الوصية الاولى **قوله** ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة اي لورثة الموصي يعني اذا كان فلان الآخر حيا حين
اوصى حيا حين اوصى له يصح النقل عن الوصية الاولى ثم اذا مات الموصى له الثاني
قبل موت الموصي بطل الوصية الثانية ايضا لموته قبل الموصي فاذا بطلت الوصيتان
جميعا الاولى برجوع الموصي عنها والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي

باب الوصية بثلث المال

لما كان المعتبر في الوصية هو ثلث المال عند عدم اجازة الورثة ترجم هذا
الباب بباب الوصية بثلث المال لان فيه مسألة الايصاء لواحد بالثلث ولآخر بالثلث
ايضا ومسألة الايصاء لواحد بالثلث ولآخر بالسدس ومسألة الايصاء لواحد بجميع

المال وللاخر بالثلث وما شابه ذلك فيكون الوصية زيادة على الثلث لا محالة قال
ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما اي فان الثلث يكون
بينهما نصفين وانما قيد بقوله ولم تجز الورثة لانه اذا اجاز الورثة يضرب كل واحد من الموصى
لهما بوصيته فيكون لهما الثلثان والثلث للورثة فاذا انعدمت الاجازة كان الثلث بينهما
نصفين والثلثان للورثة لانهما تساويا في سبب الاستحقاق لان لكل واحد
منهما ثلث المال بمثل الاخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي
في نفس الاستحقاق لان ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة فيكون ثلث المال بينهما
نصفين لانه هو محل الوصية وهو قابل للاشتراك **قوله** وان اوصى لاحدهما بالثلث
وللاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان ثلث المال يضيق عن حق الموصى لهما لان حقهما يزيد على الثلث بسدس وكل
واحد منهما يدلي بسبب صحيح فيقتسمان على قدر حقهما فيكون لصاحب السدس سهم
ولصاحب الثلث سهمان والاصل عند ابي حنيفة ان من يدلي بسبب صحيح يضرب
بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة
عن ديونه وكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما يصيبه حالة
المزاحمة كما في مسئلة الدعوى اذا ادعى اثنان دارا في يد اخر احدهما جميعها
والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الدار بينهما اثلاثا وكذلك في الموصى له
باكثر من الثلث لا يضرب عند ابي حنيفة بجميع حقه وقال ابو يوسف ومحمد يضرب
كل واحد منهم بجميع حقه كاصحاب العول والفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح
على قول ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى اخر
اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه فليس بصحيح

الا

الا ترى ان الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اخر اليها اما اقرار او
بينة او حكم حاكم فاذا كان كذلك انقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوى
فقال ابو حنيفة لا دعوى لمدعي النصف في النصف الاخر فسلم ذلك لمدعي الجميع
وفي النصف الاخر استوت دعواهما فكان بينهما فكان لمدعي الجميع ثلثة ارباعه ولمدعي
النصف الربع وعندهما يضرب كل واحد بجميع دعواه لان الاسباب كلها سوا
فياخذ مدعي الجميع اثنين ومدعي النصف سهما فكان اثلاثا واصول ابي حنيفة
ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من السبب الذي
يتعلق به الاستحقاق بنفسه بدليل ان الهبة والوصية الذين لا يتعلق
الاستحقاق بعقدهما اضعف من البيع الذي يتعلق الاستحقاق بعقده فلو سوينا
بينهما في المضاربة لسوينا بين السببين الاضعف والقوي وهذا لا يصح ووجه
قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد لاستحق جميع ما يدعيه فاذا ازدحما ضرب
بما يدعيه كاصحاب العول وقد مر بيان هذا في كتاب الدعوى في باب التنازع بالايدي
قوله وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث
بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة
للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وهذا لفظ
القدوري في مختصره وانما قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا اجاز الورثة يكون لصاحب
الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد
لصاحب الجميع ثلثة ارباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل في جنس هذه المسائل
ان القسمة عند ابي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق المنازعة وعند
ابي يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة واصل اخر ان الموصى له باكثر من
الثلث لا يضرب في الثلث باكثر من الثلث عند عدم اجازة الورثة عند

الى حنيفة وما لا يضرب وجه قولهما في الاصل الاول ان سهام الوصية تشبه
سهام الورثة ثم القسمة بين الورثة عند التزاحم بطريق العول فكذا هنا ووجه
قول ابي حنيفة ان حق احدهما في كل العين وحق الاخر في بعض العين وصاحب البعض لا
يطلب مزاحمة صاحب الكل فيما وراء البعض لانه لا حق له فيه ولا يشبه هذا سهام
الورثة لان حقهم في العين حق خلافة ثم يستحقون التركة بناء على حق الخلافة فلا يقع التعارض
فيما بينهم اما هنا الحق فقد ثبت في العين ابتداء باعتبار الموصي فمع التزاحم في المحل ابتداء
يجاذب يعتبر فيه حكم المسالمة والمنازعة ووجه قولهما في الاصل الثاني ان الوصية
اخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة فكذا هذا ولابي حنيفة ان الموصى
له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة فلم توجد
الاجازة ثم نقول اجتمعت وصيتان في المال احداهما بالجميع والاخرى بالثلث
ولا يدعي صاحب الثلث الا شيئا من الثلث فسلم ما زاد عليه لصاحب الجميع واستوت
منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفين فيصير المال على ستة اسهم خمسة لصاحب
الجميع وسهم لصاحب الثلث فان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لان صاحب الجميع
لا يضرب بما فوق الثلث عنده الا في مواضع ثلاثة في الوصية بالمحاباة والوصية بالعتق
والالف المرسلة وسيجيء بيان الثلاثة بعد هذا اما على قول ابي يوسف ومحمد
فالقسمة بطريق العول والمضاربة يضرب صاحب الجميع بالجميع والاخر بالثلث فيجعل
الثلث سهما والجميع ثلاثة فيقسم المال بينهما ارباعا عند الاجازة وعدمها جميعا
لان المذهب عندهما ان الموصى له بما فوق الثلث يضرب به في الثلث وهذا الخلاف
في حقوق اجتمعت في المال فوق الثلث اما اذا اجتمعت في الثلث فانه يقسم الثلث
بينهم بطريق العول بالاجماع لشبهه بحقوق الورثة لانه لا يقف على اجازة احد
والمختلف قال الحسن بن زياد ثم قاله ابو يوسف قبيح لانه يصيب الموصى له بالثلث عند

الاجازة مثل ما يصيبه عند عدم الاجازة فانه يصيبه عند عدم الاجازة
ربع الثلث والان كذلك بل يجب ان يقسم الثلث اولا وهو اربعة من اثني عشر بينهما
نصفان لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة بقي ثمانية اسهم وهو الثلثان
وصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث لا يدعي من ذلك الا سهمين فانه يقول حقي في
الثلث وذلك اربعة وقد وصل الي سهمان بقي حقي في سهمين فلا منازعة فيما وراء
السهمين وذلك ستة فيعطى الموصى له بالجميع ستة اسهم بلا منازعة بقي سهمان
قد استوت منازعتهما فيهما فيقسمان فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى له
بالثلث ثلاثة اسهم من اثني عشر سهما وذلك ربع الكل فافادت الاجازة في حق صاحب
الثلث وقال في شرح الطحاوي الاصل عند ابي حنيفة ان الموصى له بما فوق الثلث
لا يضرب بما فوق الثلث الا في ثلاث مواضع في الوصية بالعتق وفي المحاباة وفي الدراهم
المرسلة واذا كانت الوصية اقل من الثلث او الربع او السدس ونحوه فانه يضرب
بجميع وصيته عند ابي حنيفة وعندهما يضرب بجميع وصيته في المواضع كلها
وتفسير الوصية بالعتق وهو انه اذا اوصى بعتق هذين العبدين وقيمة احدهما
الف وقيمة الاخر الفان وليس له مال غير هذين العبدين فان اجازت الورثة
فانهما يعتقان جميعا وان لم يجيزوا فانهما يعتقان من الثلث وثلث ماله الف
فالثلث بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي وثلثها
للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وكذلك في المحاباة اذا كان له عبدان قيمة احدهما الف
ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى بان يباع احدهما من فلان بمائة والاخر بمائة من
فلان الاخر فهنا حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة وذلك كله
في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث جاز وان لم يخرج من الثلث ولا اجازت الورثة
جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك الثلث بينهما على قدر وصيتهما يضرب احدهما به

فيه بالف والاخر بخمسمائة ولذلك في الدراهم المرسلة كما اذا اوصى له بالف درهم وللاخر
بالفين وثلث ماله الف درهم فان الثلث يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع
وصيته واما يضرب الموصى له في هذه المواضع الثلاثة بجميع وصيته لان الوصية
في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر فيخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك
فيما اذا اوصى له بنصف ماله وللاخر بثلث ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه يقع
لان ملكه في ماله لو كثر او خرج له مال اخر تدخل في تلك الوصية ولا يخرج من الثلث
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا رجل اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر بثلث
ماله فهذا على وجهين اما ان يجيز الورثة او لم يجيزوا فان اجازوا فلصاحب النصف
نصف المال وللاخر الثلث ويبقى للورثة سدس المال واما ان لم يجيزوا فان في قول ابي
حنيفة رضي الله عنه الثلث بينهما نصفان وفي قول ابي يوسف ومحمد صاحب النصف
يضرب بالنصف وصاحب الثلث يضرب بالثلث فالنصف والثلث يخرج من ستة
النصف ثلثة والثلث سهمان فلذلك خمسة اسهم فيقسم الثلث بينهما على خمسة اسهم
وهو قول ابرهيم والشعبي واما مذهب ابي حنيفة ان الثلث بينهما نصفان لان وصية
لصاحب النصف فما زاد على الثلث باطل لانه اوصى له بما يملك وبما لا يملك فوصيته بما
يملك جائزة وبما لا يملك باطلة فصار كرجل اوصى لرجل بالف درهم ولاخر بالفي درهم
الف من ماله والف من مال جاره وثلث ماله الف درهم فجعل الالف بينهما في قولهم
جميعا لان وصيته بالالف من مال جاره باطلة فلذلك ههنا وصيته باكثر من
ثلث ماله باطلة فصار كانه اوصى لهذا بالثلث ولهذا بالثلث واما ابو يوسف ومحمد
يقولان ان في الزيادة معنيين معنى الاستحقاق على الورثة باكثر من الثلث ومعنى
التفضيل لاحدهما على الاخر فبطل معنى الاستحقاق وبقي معنى التفضيل وتفضيل
بعض اهل الوصايا على البعض جائز الا ترى انه لو اوصى لاحدهما بالثلث وللاخر بالربع

فالثلث

فالثلث لا يسع لهما جميعا فيضرب كل واحد منهما في الثلث بمقدار وصيته فكذلك
ههنا والجواب لابي حنيفة انه يجوز التفضيل اذا صح ذكر الزيادة فاما اذا لم يصح ذكر
الزيادة على الثلث لا يصح التفضيل فان قيل لو اوصى لرجل بالف درهم وللاخر بالفين وثلث
ماله الف درهم قسم الالف بينهما اثلاثا في قولهم جميعا قيل له هذا لا يشبه ذكر الالف
والالفين لان ذكر الالف والالفين لم يذكر فاسدا لانه يجوز ان يكتسب المال قبل موته
حتى يحصل لاحدهما الف وللاخر الفان فلما لم يكن يخرج الكلام فاسدا قسم على مقدار
وصيتهما واما ههنا فالتسمية فيما زاد على الثلث باطلة لانه لا يملك اكثر من ثلث ماله
واذا لم يجز الورثة فلا نعلم يوصي باكثر من الثلث فان قيل اذا اوصى بعبده بقيمته
اكثر من الثلث ثم لا يضرب بذلك كله ويخرج كلامه لم يكن فاسدا لانه يحتمل ان
يكتسب المال حتى يخرج العبد من الثلث قيل له يخرج كلامه لم يكن فاسدا الا انه لما
مات فقد استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث لان حقهم قد وجب وذلك الغير
وفي ذكر الالف والالفين لم يوجد الاستحقاق وقال في نكت الوصايا ايضا رجل اوصى لرجل
بنصف ماله ولاخر بثلث ماله ولاخر بربعه فهذا ايضا على وجهين اما ان يجيز الورثة
او لم يجيزوا فان اجازت الورثة قسم المال بينهم وصاحب النصف يضرب بالنصف والاخر
بالثلث والاخر بالربع فيحتاج الحساب الى نصف وثلث وربع وذلك يخرج من
اثني عشر وصاحب النصف يضرب بالنصف والاخر ذلك اربعة وصاحب الربع
يضرب بالربع وذلك ثلثة فيكون ثلثة عشر سهما فيقسم المال بينهم على ثلثة عشر
وان لم يجز الورثة قسم المال بينهم على ثلثة عشر سهما وهذا قول ابي يوسف ومحمد وهو
قول ابرهيم النخعي واما قول ابي حنيفة فان لم يجز الورثة قسم الثلث بينهم وصاحب النصف
يضرب بالثلث لا يضرب باكثر من ذلك وصاحب الثلث يضرب بالثلث
وصاحب الربع يضرب بالربع فيقسم الثلث على احد عشر سهما وان اجازت الورثة لم يذكر

جوابه في كتاب الوصايا ولكن ذكر في باب العين والدين مسئلة تخرج هذه المسائل
فيا س تلك المسئلة على اختلاف الروايتين وروى عنه ابو يوسف بخلاف ما روى محمد
محمد بن الحسن عنه فاما الذي روى عنه ابو يوسف قال صاحب النصف ياخذ السدس
بلا منازعة والسدس بين صاحب النصف وصاحب الثلث نصفان فاجعل الحساب
من اثني عشر وصاحب الثلث لا دعوى له في اكثر من اربعة اسهم وصاحب النصف يدعي النصف
وذلك ستة فقد فضل على صاحب الثلث سهمان فادفع السهمين لصاحب النصف بلا منازعة
فبقي هناك عشرة اسهم وصاحب الربع لا يدعي اكثر من ثلثة وصاحب الثلث يدعي الثلث
وهو اربعة فقد فضل كل واحد منهما على صاحب الربع بسهم فيعطى لكل واحد منهما سهم
لان المال متسع فبقي هناك ثمانية اسهم بينهم اثلاثا لا يستقيم فاضرب ثلثة في
اثني عشر يصير ستة وثلثين فالسدس لصاحب النصف بلا منازعة وذلك
ستة وصاحب الثلث وصاحب النصف وقد كان فضل كل واحد منهما على صاحب
الربع بسهم وقد صار السهم مضروبا في ثلثة لكل واحد منهما ثلثة وقد كان بقي
هناك ثمانية مضروبة في ثلثة فذلك اربعة وعشرون بينهم اثلاثا لكل واحد
منهم ثمانية فحصل لصاحب النصف سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر
ولصاحب الربع ثمانية واما في قول ابي حنيفة في تخريج محمد بن الحسن ان صاحب
النصف ياخذ السدس بلا منازعة وهو سهمان من اثني عشر كما روى ابو يوسف
فبقي من دعوى صاحب النصف الثلث ودعوى صاحب الثلث الثلث ودعوى صاحب الربع الربع
فقد اجتمعت دعاويهم في الثلث والربع وصاحب النصف يضرب بالثلث وذلك
اربعة وصاحب الثلث باربعة وصاحب الربع بثلثة فذلك احد عشر وقد بقي من
المال عشرة وعشرة على احد عشر لا يستقيم فاضرب احد عشر في اثني عشر فصار مائة
واثنين وثلاثين ومنه اعطينا صاحب النصف سهمين مضروب في احد عشر فذلك

اثنان

اثنان وعشرون وبقي هناك مائة وعشرة بينهم على احد عشر لصاحب النصف اربعون
ولصاحب الثلث اربعون ولصاحب الربع ثلاثون والله تعالى اعلم وفي كتاب الوصايا
ومما يلحق بالدور في باب التركيب قال ابو حنيفة اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولاخر
بثلثه ولاخر بجميعه فاجاز ذلك الوارث فلصاحب الجميع خمسة وعشرون سهما من ستة
وثلاثين سهما من جميع المال وذلك ثلثا المال وسدس سدسه ولصاحب النصف سبعة
اسهم وذلك سدس المال وسدس سدسه ولصاحب الثلث ثلثا سدس المال وهو
اربعة اسهم وذلك لانك تحتاج الى مال لسدسه سدس ولسدسه نصف وله ثلث ولثلثه
ثلث فاضرب اثني عشر في ثلثة يكون ستة وثلثين ويسلم لصاحب الجميع نصف
المال بلا منازعة وذلك ثمانية عشر سهما وبقي ثمانية عشر سهما وستة اسهم
لا منازعة فيها لصاحب الثلث فيكون بين صاحب الجميع وصاحب النصف وبقي ثلث
المال اثني عشر سهما بينهم اثلاثا [illegible] فيها واما على قولهما فصاحب الجميع يضرب
بجميع المال ستة وصاحب النصف بثلثة وصاحب الثلث بسهمين فذلك احد عشر
سهما وقال في شرح الطحاوي ومن اوصى لرجل بربع ماله ولاخر بنصف ماله فان اجازت
الورثة فنصف المال يكون للذي اوصى له بالنصف والربع للذي اوصى له بالربع ويبقى
الربع يكون بين الورثة على فرائض الله تعالى وان لم تجز الورثة فانما يجوز الوصية من الثلث
ويكون ثلث المال بينهما على سبعة اسهم اربعة اسهم للموصى له بالنصف وثلثة اسهم من ذلك
للموصى له بالربع وهذا عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يقسم بينهما على ثلثة اسهم سهمان
للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وانما يقسم على سبعة اسهم عنده لان من مذهبه
ان الموصى له بالنصف لا يضرب له الا بالثلث والموصى له بالربع يضرب له بالربع فاحتجنا الى
حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر الثلث من ذلك اربعة والربع ثلثة فيجعل وصيتهما
على سبعة وذلك ثلث المال وثلثا المال اربعة عشر وجميع المال احد وعشرون فيجعل المال

احدا وعشرين سبعة من ذلك للموصى لهما فاربعة للموصى له بالنصف وثلثة للموصى له بالربع
وعندهما تقسم المال على ثلثة اسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى
له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون
سهمين والربع سهما فيكون ثلثة فيقسم الثلث بينهما على ثلثة سهمان للموصى له بالنصف
وسهم للموصى له بالربع وهذه المسائل وان لم يذكر في الهداية ذكرتها هنا تشحيذا
للخواطر وتكثيرا للفوائد **قوله** ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث
يقال ضرب له في ماله سهما اي جعل لعل هذا الكون معنى قوله في المختصر على حذف
المفعول اي لا يجعل له شيئا فيه ولا يعطيه كذا في المغرب وذكر فيه ايضا ضرب
في الجزور بسهم اذا اشترك فيها واخذ منها نصيبا وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث
اي ياخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث **قوله** الا في المحاباة اي المسئلة المختلف فيها
وهي مسئلة الايصاء لاحدهما بجميع ماله ولاخر بالثلث **قوله** ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل الى آخره بيانه ان غرض الموصي من ايصائه بالجميع لواحد وبالثلث
لاخر شيئان احدهما هو الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث والاخر تفضيل بعض
اهل الوصايا على البعض فامتنع الاستحقاق لمانع وهو حق الورثة ولا مانع من التفضيل
فثبت التفضيل فيضرب صاحب الاكثر في الثلث بقدر نصيبه كما في الصور الثلاثة
من المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة اي المطلقة لان الارسال والاطلاق واحد
في اللغة وفسر الكرخي ومحصل ذلك بقوله الوصايا المرسلة ما كان وصيته بشيء بغير
عينه ولا يكون منسوبا الى جزء من المال وهو ان يقول قد اوصيت لعمرو بالف
درهم ولزيد بمائة دينار وما كان في معنى هذا فان ابا حنيفة كان يضرب لاصحاب
هذه الوصايا في الثلث بجميع ما سمى لكل واحد منهم وان جاوز قدر وصيته الثلث
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** ولان الوصية وقعت بغير المشروع لانه لا ملك

ذلك

ذلك اذا لم تجز الورثة فان المرسل الاستحقاق في الزائد على الثلث لا يثبت
التفضيل ايضا لانه ثبت على الاستحقاق وثابت في ضمنه فاذا انتفى المتضمن
انتفى ما في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اذا صح البيع صحت واذا بطل بطلت
وقد كان ذكر قبل هذا ان ابا حنيفة قال كل من ادلى بسبب صحيح يضرب بجميع
دعواه ومن لم يدل بسبب صحيح لم يضرب بجميعها وصاحب الجميع لا يدلي بسبب صحيح
الا ترى انه لا يستحق وصيته ابدا الا باجازة من جهة غير الموصي فصار كالوصية
بثلث مال الغير واستدل لذلك الموصى له بالثلث لان سببه على الانفراد يستحق
به من غير اجازة ولا كذلك في جميع الاحوال وصار كاصحاب العول والديون بخلاف
مواضع الاجماع من المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لان الوصية له صحيحة
في مخرجها لان لها نفاذا في الجملة من غير اجازة الورثة لانه يجوز ان يكتسب مالا
قبل الموت فيخرج هذه الوصايا من الثلث وليس كذلك اذا اوصى بجميع المال لواحد
ولاخر بالثلث لان ماله وان كثر لا يخرج ذلك من الثلث فعلم ان الوصية لم تصح
في مخرجه ولا يقال يرد على ما قلتم في الوصية المرسلة الوصية بعين من التركة مثل
عبد او فرس او ثوب مثلا قيمته تزيد على الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له
بالزائد من الثلث وان كان يحتمل ان يخرج من الثلث ايضا بان يتسع ماله بالاكتساب
لان ثمة حق الورثة تعلق بعين التركة لانه لما مات استحق عليه الورثة فيما زاد على
الثلث من تلك العين فكانت الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة ظاهرا
قبل ان يظهر زيادة في المال وبخلاف ما لم يلاق الوصية حق الورثة ظاهرا لانه وقع بمال
مرسل لا بمحل بعينه ولهذا اذا هلكت تنفذ الوصية فيما يستفاد بعد ذلك فلم
تكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة وكانت الوصية في مخرجها صحيحة
ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلث وقال في التحفة واجمعوا في خمس

ودما بما انه تصرف عما سمى له وان جاوزت عن الثلث في العتق الموقع في المرض وفي العتق
المعلق بموت الموصي وهو التدبير وبالمحاباة في المرض وفي الوصية بالاعتاق بعد الموت
وبالوصية المرسلة وهي الوصية التي تعتبر عينه ولا تكون منسوبا الى جزء من المال كجود
الوصية لفلان بالف درهم **قوله** قال وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة وان اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز اي قال القدوري في مختصره وروى الحسن بن زياد عن زفر انه اذا
اوصى بنصيب ابنه صح كذا في شرح الاقطع ولنا ان نصيب الابن هو ما يستحقه من
الارث فكانه اوصى له بما يستحقه ابنه بعد موته فلا يصح ولان الوصية تعلقت بملك
الغير فلا يصح كما لو اوصى له بمال زيد وجه قول زفر انه اوصى بما يملكه في الحال وانما يصير
للابن في الثاني وذلك لا يمنع صحة الوصية اصله الوصية بثلث المال كما اذا اوصى
بمثل نصيب ابنه جاز ويكون ذلك وصية بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان
اجاز جاز والا كان له الثلث وقال مالك يكون له وصية بجميع المال كذا في شرح الاقطع
وجه قولهم انه اوصى له بمثل نصيب ابنه ومثل الشيء غيره فهذا يقتضي اثبات النصيب
واثبات مثله للموصى له وجه قول مالك ان الابن يستحق جميع المال ومثله هو الجميع فكانه
اوصى له ابتداء بجميع ماله فيقف على اجازة الوارث وجملة القول فيه ما قال الامام
الاسبيجابي لا يخلو اما ان يوصي له بمثل نصيب ابنه وله ابن او ابنة فانه لا يصح
الوصية لان نصيب ابنه او نصيب ابنته ثبت بنص الكتاب فاذا اوصى لرجل
بنصيب ابنه فقد اراد تغيير ما فرض الله في كتابه فلا يصح ولو اوصى بنصيب ابنه او
بنصيب ابنته وليس له ابن ولا ابنة فان الوصية تجوز لانه ليس فيه تغيير ما فرض الله
في كتابه فلا جرم يصح ولو اوصى بمثل نصيب ابنه او ابنته وله ابن او ابنة فانه تجوز
الوصية لان مثل الشيء غيره لا عينه فيقدر نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله
ثم يعطى للموصى له وان كان اكثر من الثلث يحتاج الى اجازة الورثة وان كان ثلثا او اقل

منه فانه يجوز من غير اجازة نحو ما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد كان
موصى له بنصف جميع المال لان مثل الابن كالابن ولو كان له ابنان كان المال بينهما
نصفين كذلك ههنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له ان اجاز
الابن وان لم يجز الابن فللموصى له الثلث وان كان له ابنان فالمال يكون بينهم اثلاثا ولا
يحتاج الى الاجازة ولو اوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة يكون نصف
المال ايضا ان اجازت الابنة وان لم تجز فله الثلث ولو كانت له ابنتان
والمسألة بحالها كان للموصى له ثلث المال لان للابنتين ثلثي المال لكل واحد ثلث
فمثل نصيب احداهما يكون ثلثه ايضا فالثلث يكون للموصى له ولو اوصى بنصيب
ابن لو كان فالجواب فيه كالجواب فيما اذا اوصى بنصيب ابنه يعطى له نصف المال
ان اجازت الورثة ولو اوصى له بمثل نصيب ابن معدوم فلا بد ان يقدر نصيب
ذلك الابن حتى يكون له مثل نصيب ذلك الابن سهم ومثله يكون سهما
ايضا وقد اوصى له بسهم من ثلثة اسهم في الحاصل كذا في شرح الطحاوي
فنظر الى الحال اي نظر زفر الى حال الوصية لا الى ما بعد الموت والمال في حال
الوصية مال الموصي فلم يكن وصية بمال الغير **قوله** وجوابه ما قلنا اشار به الى
قوله لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير **قوله**
قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له
السدس ولا يزاد عليه اي قال القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وذكر زفر عن ابي حنيفة رواية اخرى ان له اخس سهام
الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فيكون له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له اقل
سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث فيكون له الثلث وقال محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال اذا اوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب احد

الورثة الا ان يكون ذلك اكثر من السدس فيكون له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له مثل
نصيب احد الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث فلا يجوز له الا الثلث الا ان يسلم الورثة الى هنا
لفظ محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة
اذا اوصى بسهم من ماله فانه يزاد على سهام الورثة اخس انصبائهم يعطى الموصى له ما لم
يجاوز السدس فان جاوز لم يزد عليه هذا رواية الاصل وفي الجامع الصغير ما لم
ينقص من السدس الى هنا لفظ التقريب وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره
ومن اوصى لرجل بسهم من ماله فان ابا حنيفة كان يقول ان كانت الفريضة اقل من
ستة اسهم كان له السدس وان كان له الفريضة اكثر من ستة اسهم كان له كاخس
سهام الورثة وقال ابو يوسف ومحمد له مثل اخس سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم
يجاوز ذلك الثلث فانه ان جاوز الثلث جاز له منه الثلث ولم يجز له سواه قال ابو جعفر
هو كما قال ابو يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ولو اوصى بسهم من ماله بعد ابي حنيفة ينظر الى السدس جميع المال والى اخس سهام
الورثة ايهما كان اقل فله ذلك وبيان هذا اذا كانت الفريضة من اربعة او
من ثلثة فالسدس اقل من اخس سهام الورثة فيعطى اياه ولو كانت الفريضة اكثر
من ستة فلا يعطى له السدس وانما يعطى اخس سهام الورثة وعند ابي يوسف ومحمد يعطى
اخس سهام الورثة حتى يعطى له الثلث ولا يعطى الاخس لان الوصية لا تكون اكثر
من الثلث وكذلك هذا الاختلاف فيما اقر بسهم من داره لفلان عند ابي حنيفة
يقع ذلك على سدس داره وعندهما البيان الى المقر وكذلك لو اعتق سهما
من عبده عند ابي حنيفة يعتق سدسه وعندهما يعتق كله لان العتق عندهما
لا يتجزى كذا في شرح الطحاوي وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وحاصله ان السهم اسم السدس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما اسم لاخس من

حصة

حصة الورثة من غير تقدير بالسدس فقد اجمعوا انه من جملة ما يجب
للورثة لان السهم اسم لما يجب للورثة بالاجماع ثم اختلفوا بعد ذلك في التقدير
فقال ابو حنيفة هو مقدر بالسدس وقالا ليس بمقدر به فلما كان مقدرا
به عند ابي حنيفة تناولت الوصية مثل حق احدهم لكنه لا يزاد على السدس
لانا قد علمنا انه لا يتناول الزيادة وقد يتناول الاقل الى هنا لفظ فخر الاسلام
وجه قولهما ان الوصية اخت الميراث ثم الميراث مخصوص بسهام الوارث فلذا
الوصية ينصرف الى السهم المعروف في الميراث لكن الاقل يعني فيراد الكونه
متيقنا الا ان يزيد الاقل من الانصباء على الثلث مثل رجل هلك وترك
اختا وعما ومثل امراة تركت زوجا واختا واوصى احدهما لرجل بسهم
من ماله فيكون موصيا بالنصف ولا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة ولابي
حنيفة ما روى محمد في الاصل عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه سئل
عن رجل اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وقال الفقيه ابو الليث ر وعن
اياس بن معاوية بن قرة انه قال السهم في كلام العرب هو السدس ذكره
في كتاب الوصايا ولان السهم لما رجع الى ما يستحقه اصحاب الفرائض وجب
صرفه الى اعدل الاعداد مخرجا وهو الستة وهذا لان الاعداد ثلثة انواع
زائد وناقص ومعتدل فالزائد الذي تزيد اجزاؤه على جملته والناقص
الذي ينقص اجزاؤه عن جملته والمعتدل الذي لا تزيد اجزاؤه ولا ينقص
عن جملته ونظير الاول الاربعة والعشرون ونظير الثاني الثمانية واجزاؤها
الثمن والنصف والاثنى عشر يخالف اصله اضعافا لان نصفه وربعه وسدسه
ينقص عن اصله ونصفه وربعه وثلثه يزيد عليه واما الستة فانما يخرج منها
النصف والثلث والسدس وجملته مثل اصله لا يزيد ولا ينقص فلذا اختاره اعلم

أو أقل أجزائها وهو السدس واورده الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
سئل الاوحوا با وقال لهان قيل اذا كان احد سهام المواريث اقل من السدس لم
لا يعطى له السدس ايضا قيل له لانه احتمل ان الموصي اراد بالسهم احد سهام
الورثة واحتمل انه اراد به السهم الذي هو معروف عند اهل اللغة ثم في الاقل
احاطة ويقين وفي الاكثر شك فيعطى له الاقل ما لم يتبين الاكثر فان كان
السدس هو الاقل صار كانه اوصى له بالسدس لان ذلك المقدار متيقن به
وان كان احد سهام الورثة اقل فهو الاقل احاطة ويقين فصار كانه اوصى له
بذلك المقدار قالوا في شرح الجامع الصغير وهذا في عرفهم اما في عرفنا فالسهم
والجزء سواء لانه لا يراد به نصيب احد الورثة ولا السدس **قوله** فان
اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس هو اياس بن معوية بن قرة وبه
صرح الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب وفخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير وكان اياس بن معوية بن قرة من اياس ولاه
عمر بن عبد العزيز قضاء البصرة ومات سنة اثنين وعشرين ومائة وكان
لاياس جلالة ومحبة كذا ذكره السمعاني وهو من كبار التابعين وهو المشهور
بالذكاء في المثل السائر في قولهم اذكى من اياس وذلك معروف في كتب
الامثال كالمستقصى وغيره وقد كتب المدائني على نوادره كتابا سماه
كتاب ذكي اياس **قوله** قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما
شئتم اي هاهنا العدول في محض وذلك لان الجزء اسم عام يقع على
القليل والكثير فكان المراد به مجهولا ولكن الجهالة في الوصية لا تمنع صحتها
والورثة قائمون مقام الموصي فاقيم بيانهم مقام بيانه فكان لهم ان
يعطوا ما شاؤوا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى

بجزء

بجزء من ماله او بطائفة من ماله او ببعض ماله او بشقص من ماله فللورثة
ان يعطوا ما شاؤوا لان اللفظ يصلح للقليل والكثير لانه يقال جزء من عشرة
وجزء من مائة وجزء من ثلثه فاذا لم يقع على شيء معلوم فالبيان الى الورثة
ولذلك اذا اوصى بحظ من ماله وفي شرح الطحاوي في مختصر وقال الفقيه
ابو الليث واذا اوصى بسهم من ماله وله ابنتان وامراة وابوان فله ثلثة
اسهم من ثلثين سهما لان الميراث يصير على سبعة وعشرين سهما
للبنتين الثلثان ستة عشر وللابوين السدسان ثمانية وللمراة الثمن
ثلثة فعالت بثلثة اسهم فيزاد على ذلك مثل اقل سهام الورثة واقل
سهامهم سهم المراة فيزاد على سبعة وعشرين مثل سهمها ثلثة فيصير
ثلثين وهذا اي قولهم جميعا وانما يظهر الاختلاف اذا زاد نصيب الموصى
له على السدس كذا في كتاب نكت الوصايا وقال الفقيه ايضا فلو كان له عشرون ابنا
وعشر بنات فله سهم واحد من احد وخمسين لان لكل ابن سهمين ولكل ابنة
سهم عشرة فذلك خمسون ويزاد على ذلك مثل سهم احدى البنات
فيصير احدا وخمسين وهو ايضا ولو ماتت امراة ولها ابنتان وابوان
وزوج واوصت بسهم من مالها فالميراث على خمسة عشر للبنتين
ثمانية وللابوين اربعة وللزوج ثلثة ثم يزاد على ذلك اقل سهام الورثة وهو
سهم احد الابوين وهو سهمان فذلك سبعة عشر وفي الكتاب خرجه على
النصف وهو ثمانية اسهم ونصف وقال ايضا ولو تركت زوجا واخوين
فللزوج النصف وللاخوين النصف فاجعل الميراث من اربعة للزوج النصف سهمان
ولكل اخ سهم ثم يزاد عليه مثل نصيب احد الاخوين سهما واحدا فيصير
للموصى له الخمس وهذا قول ابي يوسف ومحمد واما ابو حنيفة فلا يزيد على السدس

قوله ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس اخر له ثلث
مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي
لفلان ثم قال في ذلك المجلس او غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد
ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول
سدس مالي لفلان وصية ثم قال في مجلسه سدس مالي لفلان قال ليس له
الا سدس واحد وكذلك ان كان ذلك في مجلسين مختلفين فان قال
سدس مالي لفلان وصية ثم قال في ذلك المجلس ثلث مالي لفلان وصية
فاجاز الورثة فله الثلث خاصة ليس له غيره وكذلك ان قال هذا في
مجلسين مختلفين الى هنا لفظ محمد رحمه الله وهذه من الخواص والمراد من
فلان في المرة الثانية هو فلان في الكرة الاولى واصل ذلك ان المعرفة اذا
اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاولى والنكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية
غير الاولى وهو الاصل الا اذا دل الدليل على خلافه الا ترى الى قوله تعالى
كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول وقال تعالى لولا جاؤا
عليه باربعة شهداء فاذ لم ياتوا بالشهداء وروي عن ابن عباس في قوله تعالى
فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر واحد يسرين
ثم فيما نحن فيه لما عرف السدس بالاضافة ثم اعاده بالاضافة ايضا كان
الثاني عين الاول لانه اعيد معرفة وهذا لا يشكل اذا قال ذلك في مجلس
واحد انه سدس واحد لان الكلام الثاني خرج مخرج التكرار الا ترى
ان رجلا لو اقر لرجل بمائة درهم في مجلس واحد مرارا لا يجب عليه الا مائة واحدة
فكذلك ههنا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين رجل طلق امرأته في
مجلس واحد مرارا يقع عليها بكل قول تطليقة قيل الفرق بينهما ان

الطلاق

الطلاق انشاء الايقاع والايقاع الثاني غير الاول واما الاقرار فهو خبر
يحتمل انه اراد به اقرارا اخر ويحتمل انه اراد الاقرار الاول فالاقرار
الاول له سبب قائم فيصرف اليه وقياس هذا ان المطلق لو اقر في مجلس
واحد مرارا انه طلق زوجته امس لا يكون الا تطليقة واحدة فلذلك حال
الاقرار والوصية واما اذا اقر بالسدس في مجلسين مختلفين لا يكون الا سدس
واحد لان الوصية وجوبها بعد الموت الا ترى ان قبول الوصية وردها لا يعتبر
حال حياة الموصي وانما يعتبران بعد موته واذا كان وجوب الوصية بعد
الموت يستوي فيه المجلس وغير المجلس واما اذا اوصى له بالسدس ثم الثلث
يكون له الثلث فحسب لان الثلث متضمن للسدس فيحمل على انه زاد في وصيته
على السدس فان قلت يرد على ما ذكرتم من الاصل في اعادة الكلمة معرفة
او نكرة قوله تعالى انا انزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من
الكتاب لان المراد من الكتاب الاول القرآن ومن الثاني غير القرآن من
التوراة وغيرها فيناقض قولكم ان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت
الثانية عين الاولى وكذلك قوله تعالى في سورة الروم الله الذي خلقكم من
ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة لان
المراد من الضعف الثاني هو المراد من الضعف الاول وهو ضعف الطفولية
ولا المراد من القوة الاول وهي قوة الشبيبة فيناقض قولكم ان
النكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاولى قلت لا نسلم
التناقض لانا قلنا الاصل ما قلنا ونحن على ذلك لما قلنا من الدليل ولكن
الاصل قد يترك اذا دل الدليل على خلافه الا ترى ان الحقيقة تترك وان كانت
اصلا اذا دل دليل المجاز وفي الايتين الواردتين قد دل الدليل على ترك ما

ما قلنا من الاصل لانه لو كان المراد من الكتاب الثاني هو الاول لكان المصدِّق
والمصدَّق واحدا وذلك لا يجوز وفي الاية دليل على انهما غيران لانه قال
مصدقا لما بين يديه من الكتاب فلو كان الكتابان واحدا لقال مصدقا لنفسه
ولذا وان الاية الثانية دل الدليل على ترك ذلك الاصل لانه لا يستقيم
على ما ادعى لتبيان ان الاية نطقت بكمال قدرة الله تعالى على تحويله الانسان
من حال الى حال من ضعف الى قوة ومن قوة الى ضعف والضعف الذي قبل
قوة الشبيبة هو ضعف الطفولية فكان المراد من الضعف الثاني
هو الاول والقوة التي قبل ضعف الشيخوخة والهرم هي قوة الشباب
فكان المراد من القوة الثانية هي الاولى وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا واذا قال الرجل ثلث داري لفلان او سدس داري لفلان
او ربع داري لفلان ثم مات كان ينبغي في القياس ان يكون هذا باطلا
وفي الاستحسان يجوز ويكون وصية يعني يكون وصية بلا ذكر الوصية اذا
كان القول في المرض وجه القياس انه ظاهر كلامه الهبة والهبة لا تصح الا
بالقبض الا ترى انه لو قال في صحته هذا لفلان كان ذلك هبة ولا تجوز
الا بالقبض فلذلك ههنا ووجه الاستحسان ان ذكر الثلث او الربع
يجري في باب الوصية والحال حال الوصية اذا كان الرجل مريضا واذا كان
الحال حال الوصية يصرف كلامه الى الوصية تحرزا عن الغي كالهبة ولو قال
عبدي هذا لفلان او داري هذه لفلان فهذا هبة ولا يحمل على الوصية
الا ان يذكر الوصية ويؤخذ فيه بالقياس لانه ليس في كلامه دليل الوصية
وقال الفقيه ايضا اذا قال لفلان سدس في داري او ربع في داري او ثلث
في داري او الف درهم في مالي فهو اقرار لانه اقر له بالشركة ولو قال الف درهم

من مالي او ثلث من داري يكون هبة لان من كلمة ابانة فاذا ابان وسلم اليه جاز
وان لم يسلم اليه لم يجز وان كان هذا القول على اثر الوصية يكون وصية
في الاستحسان وليس كقوله في داري لانه اذا قال من داري فقد اضاف
جميع الدار الى نفسه فلا يصلح ان يكون اقرارا واذا قال ثلث في داري فظاهره
كلامه للشركة فيصرف كلامه للشركة هذا في كتاب نكت الوصايا وانما اثبت
هذه المسائل لكثرة الفوائد **قوله** قال ومن اوصى بثلث دراهمه او ثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع
ما بقي ما بقي العددي وفي الحصص ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث ماله اي الثلث
الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي وقال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي للرجل بثلث ثلاثة دراهم
فهلك درهمان من تلك الدراهم وبقي درهم وذلك الدرهم يخرج من الثلث
فانه يكون له الدرهم كله وكذلك اذا اوصى بثلث ثياب له من صنف واحد
فهلك ثلثاها وبقي الثلث فله الثلث الباقي كله وان اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه
فهلك اثنان وبقي واحد لم يكن له الا ثلثه وكذلك الدور المختلفة الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير وقال زفر للموصى له ثلث الدرهم الباقي لا غير وعلى
هذا الاختلاف كل ما كان من جنس واحد حتى لو كان له ثلاثة اثواب من صنف
واحد فاوصى لرجل بثلث هذه الاثواب الثلاثة او كان له شياه فاوصى بثلثها
لرجل فهلك اثنان وبقي واحد فعندنا للموصى له جميع الثوب الباقي وجميع
الشاة الباقية وعنده له ثلث الثوب الباقي وثلث الشاة الباقية وكذلك
المكيل وكذلك الموزون ولو كانت التركة من اجناس مختلفة بان كان له
ابل وبقر وغنم فاوصى بثلث هذه الاصناف لرجل فهلك صنفان وبقي

صنف واحد اعني بقي الابل او بقي البقر او بقي الغنم فللموصى له ثلث الباقي
في قولهم جميعا وجه قول زفر ان الموصي لما مات بقي المال مشتركا بين الورثة
والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة وما بقي يبقى على
الشركة فلذلك ههنا الذي هلك هلك اثلاثا والذي بقي بقي اثلاثا وبقول زفر
ناخذ وهو القياس وجه قول ابي حنيفة وصاحبيه ان التركة لما كانت واحدا في حق
الموصى له فالثلث المفرز لا في الثلث الشائع لان ما يحتمل القسمة فلقسمة الجبر
من الجملة ولقسمة القدر من ذلك سوى الا ترى ان العشرة من عشرين اقفزة والقفيز
منها سوى او لا ترى انه لو كان للقاضي حق الاجبار في القسمة بل للقاضي ان يفرز
نصيب الموصى له من هذه الدراهم الثلثة مع غيبة الموصى له ولو امتنع احد الورثة
يجبر القاضي على ذلك ولو كان حق الموصى له في الثلث الشائع لم يكن للقاضي ولاية
الجبر على القسمة وولاية الافراز ادعاها مع غيبة بعض الشركاء فكانت الوصية بثلث
الثلثة دراهم كالوصية بالدرهم ولو كانت الوصية باسم الدرهم بعينه فالوصية لها اذا كان
الدرهم يخرج من الثلث فلذلك ههنا مسالة من باع قفيزا من الحنطة فهلك جميع
الحنطة الا قفيزا واحدا انصرف البيع الى القفيز الباقي حتى يؤمر البائع بتسليمه
الى المشتري فلذلك الوصية قال الفقيه ابو الليث وشرح الجامع الصغير وقد اتفقوا
انه لو استحق الدرهمان وبقي الدرهم فالدرهم الباقي للموصى له فلذلك اذا هلك
الدرهمان وبقي الدرهم قال ولذلك الثياب من صنف واحد وان لم يكن الثياب
امثالا متساوية ولهذا يضمن بالقيمة لا بالمثل ولو باع احد الاثواب الثلثة لا يصح
ولكنه الحق الاثواب اذا كانت من جنس واحد في باب الوصية بالامثال المتساوية
لان القسمة من باب القضاء والتفاوت بين الثياب في الجنس الواحد يعتبر فكان للقاضي
ان يلحقها بالامثال المتساوية بخلاف البيع لان البيع ليس من باب القضاء وبخلاف
الاتلاف لان ضمان العدوانات مقيد بالمثل والقضاء بالقيمة اقرب الى المماثلة

لان

لان فيه مماثلة من حيث المالية والتقوم فتماثل القيمة المتلف معنى على كل حال والثوب
لا يماثل المتلف معنى على كل حال فقد يماثله في الصورة وقد لا يماثله في الصورة
فكان للمعنى ارجح فكان القضاء بالقيمة اولى اما اذا كانت الوصية بثلث
الاجناس المختلفة فحق الموصى له في الشائع دون المفرز حتى لا يكون للقاضي ولاية
الافراز والجبر على القسمة ولا يكون القضاء بثلثها كلها ضامنا واحدا منها فكانت
وصية بثلث كل واحد منها والدور المختلفة كالاجناس المختلفة لكثرة
التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق والسعة وقرب الماء وبعده
والامن وحسن الجيران ونحو ذلك فكانت مختلفة كالاجناس المختلفة
فكان للموصى له ثلث الباقي وكذلك الرقيق الثلثة من جنس واحد بمنزلة
الاجناس المختلفة لكثرة التفاوت ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير
عينه اذا لم يسم الثمن كما في الاجناس المختلفة هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير
في الدور والرقيق بلا خلاف قيل هذا قول ابي حنيفة فاما على قولهما فالدور
جنس واحد وكذلك الرقيق جنس واحد فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية
لان القاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في واحد باعتبار
القيمة لاتحاد الجنس الى هذا مال الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام وقاضي خان
وقيل المذكور في الجامع الصغير قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي
القسمة بل يجوز له القسمة ويجوز له ان يميل الى مذهب ابي حنيفة فقبل
القسمة لم يكن الرقيق ملحقا بالامثال المتساوية وصار نظير الاجناس
المختلفة اذا هلك اثنان منها كان للموصى له ثلث الباقي بالاجماع فلذلك ههنا
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا الاصل في هذه المسائل ان
اوصى لرجل بثلث شيء فهلك الثلثان او استحق الثلثان وبقي الثلث فان كان الشيء

الشيء مما يحتمل القسمة انصرفت الوصية الى الباقي وان كان الشيء مما لا يحتمل القسمة
ليس له من الباقي الا ثلثه ومثال ذلك اذا اوصى بثلث الغنم او بثلث الثياب
من جنس واحد او شيء من الكيل والوزن فهلك الثلثان فله الباقي كله لانه لو لم يهلك
شيء وادعو الى القاضي كان للقاضي ان يجعل هذا الباقي للموصى له فلذلك بعد
هلاك الثلثين جاز ان يجعل ذلك الثلث واما اذا اوصى بثلث ثياب مختلفة
او دواب مختلفة فهلك الثلثان وبقي الثلث ليس له من الباقي الا ثلثه لانه لو لم
يهلك شيء وادعو الى القاضي لم يكن للقاضي ان يدفع هذا الباقي اليه فلذلك
بعد هلاك الثلثين لم يجز له ان يدفع اليه لانه لم يكن له من الوصية الا ثلثه ولو
كان اوصى له بثلث العبيد فهلك الثلثان وبقي الثلث ففي قول ابي حنيفة له ثلث
الباقي وفي قول ابي يوسف ومحمد الباقي كله لان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى
قسمة الرقيق لانه عنده بمنزلة اجناس مختلفة وابو يوسف ومحمد يريان
ذلك وكذلك اذا اوصى بثلث دور مختلفة فاستحقت الداران وبقيت
دار واحدة فهو على هذا الاختلاف لان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى جمع
الانصباء في دار واحدة وهما يريان ذلك ولو انه استحق الثلثان وبقي
الثلث فالباقي كله له في قولهم جميعا لما في كتاب الوصايا **قوله** قال
ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي
من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب اي ما ذكر العدوري في مختصره
وهذا الذي ذكره في الثياب المختلفة الاجناس فاذا كانت الثياب من جنس
واحد كان له جميع الثوب الباقي اذا كان يخرج من الثلث كالدراهم
الباقي وقد مر البيان مستوفى قبل هذا **قوله** وكذا المكيل
والموزون بمنزلتها اي بمنزلة الدراهم فيكون له جميع الباقي **قوله** وقيل

هذا

لانه لم يبق

هذا قول ابي حنيفة وحده اي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة اذا كانت في
واحد وهو ان لا يكون له الا ثلث الباقي هو قول ابي حنيفة خاصة وعندهما
له جميع الباقي وقيل هو قولهم جميعا وقد مر بيانه قبل هذا **قوله** والاول
اشبه للفقه المذكور اي الذي قيل ان ذلك الجواب قول ابي حنيفة وحده اشبه
لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه للفقه المذكور وهو انه لا يرى الجمع على القسمة في الرقيق
والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة فيكون عنده للموصى له ثلث الباقي
وعندهما له جميع الباقي لانهما يجعلان جنسا واحدا **قوله** ويدون ذلك بعد
الجمع اي ويدون الاجزاء بعد جمع نصيب احدهم في العبد الواحد والدار
الواحدة معناه ما مر قبل هذا وهو ان قبل القسمة لا يكون الرقيق
ملحقا بالاجناس المتساوية عندهما ايضا فيصير كالاجناس المختلفة فيكون
للموصى له عندهما ايضا ثلث الباقي من الرقيق ولا خلاف في الجواب بيانه ان
القاضي يجوز له ان يقسم الدور والعبيد قسمة واحدة اذا راى المصلحة في ذلك
بان رآهم متقاربين اما قبل ان يرى ذلك فلا يجوز لانها في انفسها متفاوتة
غاية ما في الباب التفاوت فكان الاصل فيه ان لا يجمع حق احد الشركاء
في عين منها وذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في كتاب العيني
والدين الى ان هذا قول الكل في العبيد والدور جميعا **قوله** قال ومن
اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع
الى الموصى له اي ما ذكر القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يخرج دفع اليه
ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف وذلك
لان الموصى له شريك الورثة والاصل في الشركة ان يوفي كل واحد
من غير ان يقع بخس في حق الاخر فاذا خرج الالف من ثلث العين دفع الالف

من العين الى الموصى له لانه لا يلزم التبخيس في حق احد لانه يصل الثلثان من العين الى
الورثة وان لم يخرج الالف الموصى به من ثلث العين لم يدفع جميع الالف الى الموصى له
من العين لانه يلزم حينئذ التبخيس في حق الورثة لمزية النقد على الدين ولان الدين
ليس بمال مطلقا وانما يصير مالا بواسطة الاستيفاء لان الدين وصف ثابت
في الذمة فاذا كان كذلك كان الدين في معنى التاوي وهذا الوصف ان لا مال له ولا يجوز
على التاوي لا عين وكان القياس على هذا ان لا ياخذ الموصى له ثلث الدين لكنا نقول لما
انقلب مالا الا عند الاستيفاء دخل تحت الوصية كالقصاص اذا انقلب مالا بعفو
بعض الشركاء شارك الموصى له الورثة فيه وان لم يكن له حق في نفس القصاص وقال الحاكم
الشهيد في باب الوصية بالعين والدين على الاجنبي من الكافي واذا كان للرجل مائة درهم
عين ومائة درهم على اجنبي دين فاوصى لرجل بثلث ماله فانه ياخذ ثلث العين وما خرج
من الدين بعد ذلك اخذ ثلثه حتى يخرج الدين كله واذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر
بثلث العين اقتسما ثلث المائة العين نصفين لانهما في استحقاق ثلث المائة العين على
السواء لتناول الوصيتين اياه على السواء فان خرج من الدين خمسون درهما ضمت
الى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة اسهم لصاحب ثلث العين سهمان من
ذلك في العين والباقي مقسوم بين صاحب ثلث المال والورثة على ثلاثة عشر سهما وذلك
لان الوصيتين احدهما معلقة بالعين ووصية الآخر مرسلة فالذي وصيته معلقة
مقيدة بالعين يكون حقه في ثلث العين وهو ثلاثة وثلاثون وثلث درهم ووصية الآخر
في ثلث المال المرسل وقد صار مال الميت مائة وخمسين عند خروج الخمسين من
الدين فتبين ان حقه في ثلث هذه الجملة وهو خمسون فاجعل تفاوت ما بين الحقين
بينهما وهو ستة عشر وثلثا درهم فصار ثلاثة وثلاثون وثلث درهم بينهما والخمسون
ثلاثة اسهم فحق صاحب العين في سهمين وثلثي سهم وحق صاحب ثلث المال في جميع الخمسين

فلهذا

فلهذا اقتسما الخمسين الذي هو الثلث بينهما اخماسا سهمان للموصى له بثلث المائة العين
وذلك عشرون درهما كله في المائة العين لان وصيته مقيدة وما بقي وهو ثلاثة
وثلاثون يكون بين الورثة والموصى له بثلث المال على ثلاثة عشر سهما لانه يشارك الورثة
فيقسم ذلك بينهم على قدر الحقوق حق الورثة في عشرة اسهم وحق الموصى له بثلث المال
في ثلاثة اسهم وهو ثلاثون والاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال
لانه يشارك الورثة وحق الموصى له في الوصية المقيدة تتقيد بما قيده الموصي ويقدم حقه
على حق الورثة بشرط ان لا يزيد على الثلث كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي الذي هو مبسوطه **قوله** وانما يعتدل النظر بما ذكرناه اي النظر
في حق الموصى له والورثة بان ياخذ كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الآخر وهو ان لا يتخصص
الموصى له بالعين اذا لم يخرج الثلث من العين **قوله** قال ومن اوصى لزيد بثلث ماله فاذا
عمرو ميت فالثلث كله لزيد اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي وان
اوصى بثلثه لفلان وفلان او بين فلان وفلان ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي
نصف الثلث ونصف الثلث لورثة الميت منهما وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا على وجوه ثلاثة اما ان كان فلان حيا يوم الوصية ثم مات بعد
موت الموصي او قبله او كان ميتا يوم الوصية فان كان حيا بعد موت الموصي
فالجواب ما ذكرنا لانه صحت اضافة الوصية اليهما ثم الاستحقاق في حقهما بموت
الموصي وصار نصيب الميت وقد ملكه عند موت الموصي ميراثا عنه لورثته وان
مات قبل موت الموصي بطلت وصيته وللآخر نصف الثلث لانه صحت الاضافة اليهما
لانهما من اهل الاستحقاق للوصية ثم بطل في حق من مات منهما قبل ان
يتقرر حقه فبقي حصة الآخر وان كان فلان ميتا يوم الوصية فان كان
الموصي قال فلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شيء للميت لانه بين كلمة بينهما
فقد جعل لكل واحد منهما نصف الوصية فاذا بطل نصيب الميت لا يكون للحي الا نصفه
واما اذا قال لفلان وفلان واحدهما ميت فالوصية كلها للحي لان الاضافة الى

الميت منهما لغو فصار كما اذا اوصى لزيد وجدار او حمار قال الفقيه ابو الليث في كتاب
تلك الوصايا وذكر عن ابي يوسف انه قال ان كان الموصي يعلم بموت احدهما فالوصية كلها
للحي وان لم يعلم بموته فللحي نصف الوصية لان الموصي اذا لم يعلم فقد قصد لكل واحد منهما
نصف الوصية فلا يكون للحي اكثر من نصف الوصية وقال في شرح الطحاوي ولو قال اوصيت
بثلث مالي لعمرو ولزيد ان كان زيد فقيرا ان كان زيد وقت الموت فقيرا
فالثلث بينهما وان لم يكن فقيرا او مات قبل ذلك بطلت حصته وانتقلت الى
الورثة ولعمرو نصف الثلث وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان
اخر ان كان في الدار ينظر ان كان في الدار فالثلث بينهما نصفين وان لم يكن بطلت
حصته وعادت الى ورثة الميت وبقي نصف الثلث للاخر ولو قال اوصيت بثلث
مالي لفلان ولعقبه فالثلث كله لفلان لان الاضافة الى العقب لا تصح لانهما لا
تجتمعان معا ابدا لان العقب تكون بعده **قوله** وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو
وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث وهذه من مسائل المختصر ذكرناها انفا قال
في شرح الطحاوي لو اوصى بثلث ماله لفلان ولواحد من ورثته فان اجاز سائر الورثة
بطلت الوصية في حق الوارث وبقي نصف الثلث للاجنبي ولا يكون جميع الثلث للاجنبي
لان اضافته الى الوارث صحيحة الا ترى انه لو اجاز سائر الورثة جاز فقد اوصى لكل واحد
منهما بنصف فيكون له ذلك وقال فيه ايضا ولو ان المريض اقر بمال لواحد من ورثته
وللاجنبي كما اذا اقر لهما بالف درهم وتصادقا فيما بينهما بالشركة فان هذا الاقرار
باطل في حقهما جميعا اما في حق الوارث فلا يشكل لان ذلك وصية ولا وصية لوارث
وكذلك في حق الاجنبي لان الاقرار واحد فلو قلنا يجوز في حق الاجنبي فللوارث
ان ياخذ منه نصف ما اقر له ثم له ان يرجع بذلك في التركة فيكون للوارث ان ياخذ
فيؤدي الى جواز الاقرار لهما جميعا لان الاقرار اقرار واحد فاذا بطل في نصفه
بطل في كله واذا بطل الاقرار تقسم التركة بين الورثة فما اصاب هذا الوارث المقر له

رمز

من ذلك بسهمه وبين الاجنبي لتمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث
لان من زعمهما ان هذا الاقرار دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا
تصادقا ولو انكر الاجنبي الشركة مع الوارث وقال كان لي جميعه على المريض ولا ادري
ما كان للوارث ام لا والوارث يصدقه او يكذبه فالاقرار باطل ايضا عند ابي حنيفة
وابو يوسف لما ذكرنا انه لما بطل في حق احدهما بطل في حق الاخر لان الاقرار اقرار
واحد وعند محمد لما انكر الاجنبي شركة الوارث او كذبه فان الاقرار في حق الاجنبي
صحيح ويكون له حصته ثم لما بطل الاقرار عندهما كان المال ميراثا لورثة الميت
فما اصاب الوارث المقر له فانه ينظر ان كانا تصادقا فقد ذكرنا جوابه
وان كانا تكاذبا فما اصاب الوارث المقر له فانه ينظر ان كانا تصادقا في
الشركة فانه ينظر [illegible] فهو كله له ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وان كان
الاجنبي يكذبه وهو يصدقه فالجملة تمام اصابة الاجنبي لانه لما صدقه الوارث فقد
اقر انه كان له على الميت جميعه فانه مقدم على الميراث الا انه ادعى الشركة فيه
وهو يكذبه في الشركة فالقول قول الاجنبي ويأخذ الجملة كلها كذا في شرح
الطحاوي للامام الاسبيجابي رحمه الله **قوله** قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له
واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت اي وقت العقد [illegible]
وذلك لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت لانه تمليك بعد الموت ولهذا
يعتبر القبول والرد بعد الموت فكان وجود المال عند الموت شرطا لا قبله
والمضاف الى الشرط كالموجب عنده وصار كانه قال عند الموت ثلث مالي
لفلان فيستحق ثلث ما يملكه في تلك الحال ولا يعتبر ما قبله **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
قوله ولو اوصى بثلث غنمه فهلكت الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر
وذلك لما ذكرنا ان الوصية ايجاب بعد الموت فيعتبر قيام ما اوصى به عند الموت

قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب انه اذا لم يكن له
غنم فاستفاد ثم مات هل تصح الوصية اختلف مشايخنا فيه قال والصحيح انه
يصح لانه يعتبر قيامه عند الموت ووجوده قبل ذلك فضل الا ترى ان الحكم في
هذا لو كان بلفظ المال فكذا باسم النوع يعني لو اوصى الرجل بثلث ماله لرجل فهلك ثلث
المال والثلث الاخر كان ثلث ما الثلث للموصى له والمال اسم الجنس والغنم
اسم النوع ثم لما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت فكذا اذا ذكر باسم النوع
لان الوصية وجوبها وقت الموت وقال بعضهم اذا كان له غنم فهلك فاستفاد
غنما اخر بطلت وصيته لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال الفقيه ابو
الليث رحمه الله في كتاب الوصايا هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية الى
غنم موصوف غير بعينه فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال قوله ولو قال له
شاة من مالي وليس له غنم اعطي قيمة شاة ذكره تفريعا ايضا قال الحاكم في الكافي
ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم فذلك جائز يعطى له قيمة شاة وذلك لانه لما
اضافه الى المال وعينه لا يوجد في المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة لا بعينه وقد
ماليته موجود في مطلق المال قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح ولم يذكر في الكتاب
انه لو اوصى بشاة ولم يقل من ماله ماذا حكمه وقد اختلف فيه مشايخنا بعضهم
قالوا لا يصح لان الشاة اسم للصورة والمعنى وانما صرفنا الاسم الى المعنى بدلالة
الاضافة الى مطلق المال ولم يوجد هنا القرينة وبعضهم قالوا يصح لانه متى لم
يوجد الغنم المراد مطلق المالية فيعطى له شاة او قيمة شاة فيصير كقوله شاة
من مالي ولا يصح بقوله شاة من غنمي او قفيز من حنطتي حتى لا يستحقه الموصى له
اذا لم يكن له غنم او حنطة لانه اضاف الوصية الى غنمه او الى حنطته والى هذا
القول ذهب الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا وقد ذكر في السير الكبير
مسئلة تؤيد هذا الوجه وهو ان الامام اذا انفل سرية وقال من قتل
قتيلا فله جارية من السبي وفي السبي جواري يعطى لمن قتل قتيلا الجارية ولو

قال فله جارية وليس في السبي جارية يعطى له قدر مالية جارية فدل ان ذكر الشاة
مطلقا وبعدما اما المال سواء اذا لم يكن له غنم في الحال ولذلك لو قال قفيز حنطة
من مالي او ثوب من مالي قوله ولو قال بشاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة وهذه
من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال بشاة من غنمي
او بقفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة قال في شرح الكافي
لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا
من الغنم وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه وصارت الوصية بشيء معدوم
ولا جزء للغنم بصورته ومعناه فصارت وصية بشيء معدوم ولا وجود له عند
الموت ايضا فلا يصح بخلاف ما اضاف الى مطلق المال قوله وعلى هذا يخرج كثير
من المسائل قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في اوصى
الرجل فقال لفلان شاة من غنمي او قال نخلة من نخلي او قال جارية من جواري
ولم يكن له شيء من ذلك من غنمي هذا او لا جواري هؤلاء ولا نخلي هذا فان الوصية
في هذا تقع يوم يموت الموصي ولا تقع يوم تكلم ولو مات غنمه كلها او باعها
فاشترى مكانها او ماتت جواريه فاشترى غيرهن او باع النخل فاشترى
غيره فان للموصى له نخلة من نخله يوم يموت لان الوصية وقعت يوم مات
وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك ولكن يعطونه من ذلك اي ذلك شاؤا فان ولدت
الغنم قبل ان يموت الموصي او ولدت الجواري قبل موت الموصي فلحقت الاولاد
الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوا ان شاؤا من الاولاد وان شاؤا
من الامهات من قبل ان الوصية انما وقعت يوم مات على شاة من غنمه
وعلى جارية من جواريه ولم يقل الموصي هذه فهو على شيء بعينه فان اختار
الورثة ان يعطوا شاة من غنمه ولها ولد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها
يتبعها وكذلك صوفها ولبنها اذا اختاروا ان يدفعوها اليه دفعوا معها الولد

والصوف واللبن لان الوصية وجبت له بها يوم مات الموصي فاما الاولاد الذي ولدته
قبل موت الموصي والصوف واللبن فليس له من ذلك شي قال ابو الحسن يعني اذا كان
الصوف مجزوزا قبل الموت واللبن محلوبا قبل الموت ثم قال الكرخي ولو قال قد
اوصيت له بشاة من غنمي هذه او قال قد اوصيت له بنخلة من نخلي هذا او قال قد
اوصيت له باحدى جاريتي هاتين فهذا انما هو على هذه الغنم باعيانها وعلى النخل
بعينه وعلى الجواري باعيانهن لو موتت الغنم او الجواري او باع النخل بطلت وصيته
فان ولدت الغنم او ولدت الجواري في حياة الموصي ثم اراد الورثة بعد الموت ان
يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك لان الوصية على الغنم باعيانها وعلى الجواري
باعيانهن وعلى النخل بعينه فان اعطوه شاة او جارية او نخلة اتبع الجارية ولدها
والشاة ولدها والنخلة ثمرتها ولا يتبعها ما كان قبل موت الموصي من قبل انه
انما وجب له ذلك بالموت على ذلك الشي بعينه فان كان الورثة قد استهلكوا الى
الاولاد والثمر شيئا وكان ذلك بعد موت الموصي فانه يلزمهم ذلك له بقدر
قيمته اذا اختاروا دفع شي من ذلك وقد كان له ولد بعد الموت او لم قد
استهلكوها غرموه وان قال قد اوصيت باحدى جواري هولا او بشاة من
غنمي هذه فولدت الغنم والجواري بعد الموت فللورثة ان يعطوه اي الجواري شاوا
واي الغنم شاوا واي ذلك اعطوه تبعه ولده فان ارادوا ان يعطوه من
الاولاد دون الامهات لم يكن لهم ذلك وان موتت الامهات كلها الا واحدة
كان حقه في هذه الواحدة خاصة عليهم ان يدفعوها فان كان لها ولد تبعها
وكذلك ان كانت نخلة تبعها ثمرها فان موتت الامهات كلها واحرق النخل
كله وقد بقي له ثمره فان على الورثة ان يدفعوا اليه اي ثمر النخل شاوا الذي
اثمر النخل بعد موت الموصي واي الاولاد شاوا لا ابطل وصيته الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله في مختصره قوله قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن

ثلاث

ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم اي قال محمد في الجامع الصغير
ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاث
وللفقراء والمساكين قال يقسم الثلث على خمسة اسهم لامهات اولاده ثلاثة اسهم
وللفقراء سهم وللمساكين سهم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر فيه
الخلاف بين اصحابنا وقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير وذكر
عن محمد في غير هذا الكتاب انه يقسم على سبعة اسهم سهمان للفقراء وسهمان للمساكين
والثلاثة لهن وجه قول محمد ان الفقراء جمع وكذلك المساكين واسم الجمع في باب الميراث
يتناول الاثنين فصاعدا الا ترى الى قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وحجب
الاثنان منهم فصاعدا الام من الثلث الى السدس فعلم ان الاثنين لهما حكم الجمع
فكما كان للاثنين حكم الجمع في الميراث كان لهما حكم الجمع في الوصية ايضا لان الوصية
اخت الميراث لان كل واحد منهما يحصل به الملك بعد الموت وبين الفقير والمسكين
مغايرة بدليل العطف في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين لان
العطف يقتضي المغايرة لان الشي لا يعطف على نفسه فكان للفقراء سهمان وللمساكين
سهمان ولامهات الاولاد يعتبر فيهن عدد رؤسهن وهن ثلاثة فلهن ثلاثة
اسهم وهذا لان عددهن محصور بخلاف الفقراء والمساكين فيكون الكل سبعة
ولابي حنيفة وابي يوسف ان الفقراء ذكرت بلام التعريف وكذلك المساكين
ولام التعريف يراد به الجنس اذا لم يكن ثمة معهود والجنس يتناول الادنى مع
احتمال الكل الا ترى الى قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد ولذلك من حلف لا
يتزوج النساء حنث بنكاح امراة واحدة وكذلك من حلف لا يكلم الناس حنث
بكلام واحد وكذلك من حلف لا يشتري الثياب يقع على الواحد فيعتبر من كل
فريق من الفقراء والمساكين واحد واحد وامهات الاولاد ثلاثة فيقسم الثلث على خمسة

يكون نصفه لفلان ونصفه

اسهم وعلى هذا لو اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين
للمساكين وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين قوله
وادناه في الميراث اثنان احترز به عن فصل الزكاة لانه اريد بالجمع الواحد بالاجماع
من اصحابنا كما في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين وقد روى عن ابي
يوسف انه جعل الفقير والمسكين واحدا اما الكرخي في مختصره قال ابن سماعة
سمعت ابا يوسف في رجل اوصى بثلث ماله للبائس والفقير والمسكين قال
وهذا في قول ابي حنيفة الثلث للبائس وهو الضرير الذي به الزمانة اذا كان
محتاجا والفقير هو المحتاج الذي لا يطوف بالابواب والمسكين هو الذي
يسأل ويطوف وقال ابو يوسف هو على جزئين الفقير والمسكين واحد والبائس
واحد وقال معلى في هذه المسئلة عن ابي يوسف هو في قياس قول ابي حنيفة
على ثلثة للبائس سهم وللفقير سهم وللمسكين سهم وفي قول على اسمين للضرير
صاحب الزمانة سهم وللفقير والمسكين سهم الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
قوله فان لو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين اي قال محمد في الجامع الصغير
وهذا بناء على ما في المسئلة المتقدمة وهو ان الجمع في باب الميراث يتناول
الاثنين فيكون للمساكين ثلثا الثلث عند محمد وثلث الثلث لفلان وعندهما
اللام للجنس لعدم العهد وادناه الواحد فيكون النصف من الثلث للمساكين
قال شمس الائمة السرخسي واصل هذا فيما اذا اوصى بثلثه للمساكين عند ابي حنيفة
وابي يوسف له ان يصرف الجميع الى مسكين واحد وعند محمد ليس له ان يصرف
الا الى اثنين فصاعدا قوله فان اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال
لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة اي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب

عن

١٣٣

عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يوصي للرجل بمائة درهم ثم يوصي لآخر بمائة
درهم ثم يقول لآخر قد اشركتك معهما قال له ثلث
كل مائة منهما الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الشركة تقتضي
المساواة لقوله تعالى فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث
ويستوي في الثلث الذكور والاناث جميعا فكذا هنا لما اضاف الشركة اليهما
وجب ان يساوي كل واحد منهما وذلك لا يكون الا بان يجعل له ثلث مائة
من كل واحد منهما ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما وقال الحسن ومحمد
اذا كان اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما
او معهما كان له نصف كل مال بخلاف المسئلة الاولى قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا قولهم جميعا عرفنا انه لم يحفظ
نصا عن ابي حنيفة وليس هذا كالاول لان في الفصل الاول امكن
التسوية بين كل واحد منهم جميعا وفي الفصل الثاني لا يمكن التسوية بينهم
جميعا فانصرف الى التسوية مع كل واحد منهما لانه لما اوصى لاحدهما بمائتين
وللآخر باربعمائة لم يجب المساواة فيما بينهما فلما قال للثالث اشركتك
في وصيتهما علم انه اراد به المساواة مع كل واحد منهما فله ان يأخذ
من كل واحد منهما نصفه ولذلك لو اوصى لاحدهما بجارية ولآخر
بجارية اخرى وقيمتهما سواء كان له نصف كل واحدة منهما لان القول
بالاستواء على الاجتماع غير ممكن وقال الفقيه ابو الليث في قياس
قول ابي يوسف ومحمد له الثلث من كل واحد منهما وفي قياس قول ابي حنيفة له من كل
واحد منهما نصفها لانه لا يرى قسمة الرقيق فصار بمنزلة وصيتين مختلفتين
وابو يوسف ومحمد يريان قسمة الرقيق فصار كانه اوصى بالف لهذا وبالالف

لهذا ثم اشترك فانا شريكهما كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وهذه المسائل من الخواص **قوله** عملا بالالفاظ اي بقوله اشركتك **قوله**
قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه
يصدق الى الثلث قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في الرجل يحضره الوفاة فيقول لورثته ان لفلان علي دينا
فصدقوه فيما قال ثم يموت قال يصدق فيما بينه وبين الثلث قال
صاحب الهداية وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق وجه القياس
انه اقر بدين مجهول لا يعرف قدره ولا يمكن الحكم به الا بالبيان وامره بالتصديق
مخالف للشرع لانه امر بتصديق المدعي من غير حجة فلا يعتبر وجه
الاستحسان ان المقر قصد بهذا الكلام تقديم فلان على الورثة
وهو مالك لذلك في الثلث بطريق الوصية وهذا لانه قد يعلم اصل
الحق دون مقداره ويسعى في تخلص ذمته عنه فيحصل ذلك وصية
يكون تقديرها الى الموصى له يقدرها ما شاء وكم من مال اداه الحاكم فلان
وادعى في مالي ما اعطوه ما شاء ولو قال ذلك لصح كلامه ويكون انفاذه من الثلث
لا غير فكذا هذا لانه وصية والوصية جوازها في الثلث قال في الجامع الصغير
فان كان اوصى مع ذلك بوصايا عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
وقيل لاصحاب الثلث اقروا له بما شئتم وقيل للورثة اقروا له بما شئتم
فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا وذلك لان
حق اصحاب الوصايا معلوم وهو الثلث وحق الورثة ايضا معلوم وهو الثلثان
واما حق هذا الرجل ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة لكنه دين في حق
المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا افرزنا الثلث والثلثين لما ان في التركة

دينا

دينا شائعا في النصيبين في نصيب الموصى له وفي نصيب الورثة وهو مجهول فيتوكل
ويتوقف بالبيان ثم يؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا والا بما ياخذ
الرجل وصية في حقهم وما فضل من الثلث يكون لهم ويؤخذ الورثة بثلثي
ما اقروا وما فضل من الثلثين يكون للورثة لان الدين المقر به صار
مقضيا فلم يبق للمقر له بالدين حق في الوصية والميراث حتى اذا قال الموصى
له ان الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له فان
فضل شيء يكون له والا فلا وان قال الورثة الدين ثمانية يعطى المقر له بدين
مجهول ثلثا ذلك وهو ما يبان مما في يد الورثة فان فضل شيء يكون
لهم والا فلا وفي الاقرار فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين ربما يعرف
للحق والصلة والاخر لا يدري ولا يجوز ان يحلفوا على الفضل ان ادعى
الخصم ذلك وبعد الاقرار يصح اقرار كل فريق فيما في يده بلا نزاع فاذا حلفوا على كل
فريق من الموصى له والورثة اليمين على العلم ان ادعى المقر له بالدين زيادة على ذلك
لان اليمين على ما جرى بينه وبين غيره لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات
قوله قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه انه قال اذا اوصى لوارث ولاجنبي بوصية جازت وصية الاجنبي
وبطلت وصية الوارث الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الايصاء
انشاء تصرف وابتداء ايجاب فيصح في حق من يستحقه ولا يصح في حق من لا
يستحقه ولا يبطل في حق احدهما ببطلانه في حق الاخر لان الشركة بينهما في حكم
الايجاب وقد تعذر الايجاب في حق احدهما فلا يلزم من ذلك ان يتعذر الايجاب
في حق الاخر لانه ابتداء تصرف وعلى هذا اذا اوصى للقاتل والاجنبي بخلاف

ثم اذا اوصى لحي وميت حيث يكون كل الوصية للحي لان الميت ليس باهل للوصية
لانه لا يصلح مالكا وبخلاف ما اقر المريض لوارثه وللاجنبي بعين او دين بجحد
الاجنبي مشاركة الوارث او رد الوارث الاقرار لم يصح نصيب الاجنبي عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد يصح نصيب الاجنبي والامام يحيل الشركة لم يصح في
قولهم لان الاقرار ليس بتمليك مبتدا بل هو اخبار عن امر ماض فيستدعي مخبرا
به والمخبر به هو الدين المشترك ولا سبيل الى اثباته بلا اشتراك لان اثبات الامر
الوارث فيه شركة ولا سبيل الى اثباته بلا اشتراك لانه يصير خلاف
ما اخبر به المقر فاذا لم يصح المخبر به وهو بمنزلة العلة لم يصح الخبر وهو
بمنزلة الحكم الكلم لانه بنا على ذلك وجه قول محمد ان الاقرار للاجنبي صحيح
وانما يبطل بشركة الوارث فاذا جحد شركة الوارث لم يحصل الشركة وفي
الاقرار فاما اذا اصدقه فقد اثبت الشركة بفعله فيصير مسقطا لحق
نفسه قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اوصى الرجل بعين لبعض ورثته
ولاجنبي جازت حصة الاجنبي وبطل حصة الوارث وكذلك الوصية للقاتل
والاجنبي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ومن الناس
من قال يصرف الوصية كله الى الاجنبي لان القاتل والوارث لا يصلح مستحقا
فصار كما لو اوصى لحي وميت قال والصحيح ما قال في الكتاب لان الوصية للوارث
او القاتل ليس بباطل ولهذا يجوز باجازة الورثة فاذا اضاف اليهما انقسم
عليهما ثم يبطل بالرد في حق احدهما وبقي في حق الاخر بحصته كما اذا اوصى
لاجنبيين بعبد ثم رد احدهما او مات لم يحصل حق الاخر كذا هذا وهذا
بخلاف ما اذا اقر لوارث واجنبي انه لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الصحة في حق
الاجنبي يودي الى الفساد والثاني لانه لو صح في حق الاجنبي لشاركه الوارث ثم لا

از

١٢٤

بحصته ثم يشاركه ثم يبطل حصته فلا يزال كذلك الى ان يبطل كله وفي الايصا
وهو الانشا لا اثبات فيه ههنا لان حصة احدهما ممتازة عن الاخر بقاء وبطلانا
اعني بقاء الوصية صحيحة في حق الاجنبي ويبطل في حق الوارث **قوله** كما اذا ...
كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب
ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى بثلثة نفر فقال لفلان
هذا الثوب الجيد ولفلان رجل اخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل اخر
هذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلثة الاثواب لا يدرى
ايها هلك والورثة تجحد فالوصية باطلة الا ان يقول الورثة قد سلمنا
هذين الثوبين فيقسمونها على قدر رضا بهم فاذا قالوا ذلك فان لصاحب
الجيد ثلثي هذا الجيد ولصاحب الاوسط ثلثي هذا الاوسط الذي هنا الى
اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير المراد بقوله ان الورثة
يجحدون يجحدون حق كل واحد منهم بعينه ويقولون حق كل واحد منهم باطل
ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه وانما بطلت الوصية لان الموصى له صار
مجهولا وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين بلا
كان فان قالت الورثة سلمنا لكم هذين الثوبين فاقسموها بينكم صح لان الوصية
كانت صحيحة وانما بطلت بجهالة طارية توجب منازعة وهي تحتمل الزوال
بالتسليم من الورثة فاذا سلموا صحت الوصايا وعادت الى الصحة ثم لصاحب
الجيد ثلثا الجيد الذي بقي ولصاحب الرديء ثلث الرديء الذي بقي ولصاحب
الوسط ثلث كل واحد من الثوبين الباقيين لان صاحب الرديء لا حق له في
الجيد بيقين لان الجيد الباقي اما وسط او جيد في الواقع ولا حق لصاحب الرديء فيهما

وصاحب الجيد لاحق له في الردي تيقن لان الردي الباقي اما وسط او ردي
في الواقع ولا حق لصاحب الجيد فيهما وانما المشكل حق صاحب الوسط لان الثوب
الهالك ان كان ارفع من هذين الباقيين كان حق صاحب الوسط في الجيد الباقي
وان كان ادون من الباقيين كان حقه في الردي الباقي لانه وسط في الواقع
فتردد حقه في الثوبين فتعلق بهذا مرة وبالاخر اخرى وحق صاحب الجيد
وصاحب الردي لا يتردد فلهذا احتمل الحال واحد منهما حق معين في احد
الثوبين وجعل لصاحب الوسط ثلث كل واحد من الثوبين اذ كل واحد من
الثوبين في حال شاحقه يحتمل ان يكون وسطا لم يتعين حقه في احد الثوبين
بل تفرق حقه فيهما فاخذ ثلث كل واحد منهما **قوله** ويحصل المقصود اي
جهالة المستحق تمنع تحصيل مقصود الموصي وهو اتمام غرضه **قوله** قال
الا ان يسلم الثوب من الورثة اي قال في الجامع الصغير وهذا استثناء من
قوله فالوصية باطلة والبيان ثم مستوفى **قوله** قال واذا كانت الدار بين
رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب
الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان
وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت اي قال محمد في الجامع الصغير عن
يعقوب عن ابي حنيفة في دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل ثم مات
قال اذا اقتسما الدار فان وقع البيت في نصيب الميت كان البيت لصاحب الوصية
وان وقع في نصيب الاخر كان لصاحب الوصية مثل ذرع البيت كله فيما
اصاب الموصي البيت قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له نصف البيت ان
وقع في نصيبه الذي اوصى به وان وقع في نصيب الاخر كان له مثل نصف ذرعه الى

هنا

هنا لفظه اصل الجامع الصغير وجه قول محمد انه اوصى بما يملكه وبما لا يملكه لان البيت
مشترك بينه وبين صاحبه فيصح الوصية فيما يملكه وهو نصيبه ولا ينفذ فيما
لا يملكه وهو نصيب صاحبه غاية ما في الباب انه ملك البيت بعد القسمة اذا وقع
البيت في نصيبه ولكن القسمة مبادلة لانه اخذ البيت بدلا عن نصيبه مما في يد
صاحبه فلا ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به كما
اذا اوصى بملك الغير ثم ملكه فرجع من الرجوع حيث لا يصح الوصية فكذا كان هاهنا
ثم اذا وقع البيت في نصيب الموصي ياخذ الموصى له نصف البيت لانه قد ربما ملك
النصف في عين البيت وان وقع البيت في نصيب صاحبه ياخذ الموصى له من نصيب
الموصي مقدار ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند تعذر
الاصل كما اذا قتل العبد الموصى به خطأ تنفذ الوصية في بدله بخلاف
ما اذا باع الموصي العبد حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لان البيع دليل الرجوع
فيبطل الوصية اصلا ولا تبطل بالقسمة لانه ليس بدليل الرجوع ووجه قولهما
ان ايجاب الوصية في البيت يتناول ملك الموصي على الاحتمال لانه كان يتردد
وقت الايصاء بين ان يقع هذا البيت في نصيبه وبين ان يقع في نصيب
شريكه فيتوقف حكم الوصية على القسمة فيكون ذلك وصية بما يستقر ملكه
بالقسمة لان ملك الموصي على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به
لان الانتفاع بالمشاع قاصر والظاهر ان الموصي قصد الايصاء بالملك
الكامل للانتفاع فصار كان الموصي قال هذا البيت لفلان ان وقع في قسمي وان لم
يقع في قسمي فله مثل ذلك ولو انه افصح بذلك فله مثل ذلك اذا لم يقع في
قسمه فكذا هاهنا وحقيقته ان القسمة افراز وتعيين للملك انما وجدت
الا ان معنى المبادلة في الاشياء المتفاوتة غالب والاجزاء هاهنا متفاوتة

فاحتيج الى القضاء او الرضا للحوق بما لا يتفاوت احترازا ولما الحق ذلك بالتراضي
او القضاء الذي هو واجب لضرورة تملك المنفعة بقي في دفعه شبهة المبادلة
فوجب العمل بالشبهة فيما يختص بالشبهة لا غير وهو بيع المرابحة حتى لم يكن له
ان يبيعه مرابحة ولما كان اصل القسمة افرازا صار البيت عين حق الموصى له اذا وقع
في نصيب الموصي فيجب انفاذ الوصية وذلك لان المراد في نصيبه صار عين حقه
فيجب له مثل ذرعان البيت حقا له مما وقع في نصيب الموصي لان مثل ذرعان البيت
عوض البيت او لان مراد الموصي من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه
التقدير به ذرعانه على ان يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحصيلا لمقصوده
وهو تنفيذ الوصية لان مقصوده لا يحصل الا بالتقدير به والتمليك بعينه لانه ربما
يقع بعد القسمة في نصيب صاحبه ولكن اذا وقع البيت في نصيب الموصي يعين البيت
لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه جميعا ولو اوقع في نصيب
صاحبه يجب مثل ذرعانه لامكان معنى التقدير وتعذر التمليك بعينه او لان
الموصي اراد بذلك البيت التقدير به على اعتبار احدى الجهتين وهي فيما اذا وقع
البيت في نصيب شريكه والتمليك بعينه على اعتبار الجهة الاخرى وهي فيما
اذا وقع في نصيبه كما اذا علق عتاق ولده وطلاق المرأة باول ولد تلده الامة
فقال اذا ولدت ولدا اول ولد فولده حر وانت طالق يكون المراد في جزاء
الطلاق مطلق الولد حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حيا او ميتا لان مطلق
الولد يصلح جزاء الطلاق وفي جزاء العتق يكون المراد ولدا حيا لان الميت ليس
بمحل للعتق حتى اذا ولدت ميتا ثم ولدت حيا يعتق الحي عند ابي حنيفة خلافا لهما
وقد عرف في المختصر اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع
والبيت منها عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي وهو خمسون ذراعا بين الموصى له

اتى

والورثة

والورثة على عشرة اسهم عند محمد تسعة اسهم منها للورثة وسهم للموصى له لانه يجعل
كل خمسة اذرع سهما وخمسة اذرع نصف البيت وهو للموصى له والباقي من نصف الدار
وهو خمسة واربعون ذراعا للورثة وعندهما يقسم نصيب الموصي بين الموصى له
والورثة على احد عشر سهما فالموصى له يضرب بالعشرة والورثة بخمسة واربعين
فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما للموصى له سهمان وللورثة تسعة كذا قال
فخر الاسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير بناء ان الايجاب كان صحيحا وهو
متناول للبيت وهو عشرة اذرع من الذراع فاذا رفعت العشرة من المائة بقي
تسعون من المشتركين لكل واحد منهما خمسة واربعون لورثة الموصي وعشرة للموصى
له اذا ضمت الى خمسة واربعين يصير خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهما
فيصير احد عشر سهما وهذا بيان كلامهم ولكن فيه نظر لانه على هذا التقدير
كان ينبغي ان يكون نصيب شريك الموصي خمسة واربعين ذراعا فينتقص اذن
من نصيبه خمسة اذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقبل
نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك الموصي ملك شريكه بلا شركة
ذلك وايضا اذا كان للموصى له سهمان من احد عشر ينتقص نصيبه لا محالة لان
سهمين من احد عشر اقل من سهم من خمسة وايضا يزداد حق الورثة ايضا
بسهم لان لهم تسعة وقد افرز البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعا
ودفع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي اربعون وهم اخذوا خمسة اخرى
وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم
عندهما فالعشرة اذرع للموصى له والاربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة
سهما وهذه القسمة اصح عندي قوله لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع
على ما بيناه اشارة الى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله واذا صرح

بالرجوع او بفعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا قوله لان عوضه كما ذكرنا ان الشائع
القول بنفذ الوصية في بدلها قوله ولهذا يجبر على القسمة فيه ايضاح لقوله
وانما المقصود الافراز وذلك لان في الدار الواحدة المختلفة البيوت تقسم قسمة
واحدة لان في تفريقها ضررا بخلاف الدور حيث يقسم كل واحدة على حدة
لا قسمة واحدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في القسمة قوله ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف يعني لو كان الدار بين شريكين فاقر احدهما ببيت
بعينه لواحد فتقسم الدار فلو ان وقع البيت في نصيب المقر سلم الى المقر له وان
وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر بمثل ذرع البيت والذراع
لو اقر بطريق او حائط معلوم كذا في الشامل وعند محمد يضرب المقر له بنصف ذرع
البيت وقيل لا خلاف في مسئلة الاقرار بان قول محمد فيه كقولهما كما فعل فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير عدم الخلاف هو الاصح لان من اقر بما لا يملكه ثم ملكه صح بخلاف الوصية
لان من اوصى بما لا يملكه ثم ملكه بوجه من الوجوه لا ينفذ وصيته فيه قوله ومن
اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه
فهو جائز وله ان يمنع اي ما في الجامع الصغير وذلك لان العقد الموقوف اذا لحقه
الاجازة صار مضافا الى المجيز فاذا اضيف اليه صار ذلك هبة منه والهبة
لا تتم الا بالتسليم فان سلمه بعد الاجازة كان له ذلك لانه متبرع بخلاف من
اوصى باكثر من الثلث فاجازت الورثة حيث يجوز بغير تسليم لان الوصية في مخرجها
صحيحة لانه تصرف في ماله بنفسه الا ان تعلق حق الورثة كان مانعا للنفاذ
في الزيادة على الثلث فلما اجازوا اسقطوا حقهم فنفذت وصيته في ماله كان لا
وارث له اصلا وقد مر في اوايل كتاب الوصايا ان كل ما جاز باجازة الورثة
يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافا للشافعي قوله قال واذا
اقتسم الابنان تركة الاب ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله

فان

فان المقر يعطيه ثلث ما في يده اي ما في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يترك الفين ووارثين فاخذ كل
واحد من الوارثين الفا ثم غاب احدهما فاقر الحاضر لرجل ان الميت اوصى له بالثلث
قال يأخذ منه ثلث ما في يده قال وهذا استحسان وكان القياس وهو قول زفر
ان يأخذ نصف ما في يده قال في التقريب وقال الطحاوي سمعت ابن ابي عمران يقول
سمعت ابن سماعة روى عن ابي يوسف انه يأخذ من المقر نصف ما في يده وكذلك
روى الحسن عن زفر وهو القياس لان في زعم المقر ان المال بينهم اثلاثا ويحسب الموصى
له دون نصيب كل واحد من الابنين سواء فلما انكر احدهما او غاب يجعل كان نصيبه
لم يكن فيقسم الباقي نصفين بينهما لان نصيبهما سواء الا ترى انه لو اقام البينة على
والاخر غائب فانه يأخذ منه نصف ما في يده وكذا ذكر الفقيه
ابو الليث في شرحه وجه الاستحسان ان الوصية نفاذها من الثلث فلو اخذ
منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر لرجل اخر بمثل ذلك فيأخذ نصف ما في
يده فتصير الوصية اكثر من الثلث واذا كان يؤدي الى هذا وجب ان لا يأخذ الا
ثلث ما في يديه وليس كالبينة لان البينة يجب عليهما جميعا ولا يؤدي الى الزيادة
على الثلث ولان المقر اقر له بحق شايع في التركة نصفه فيما في يده ونصفه فيما في
يد الاخر ولا يجوز ان يأخذ المقر له منه ثلث ما في يديه فلا يلزمه اكثر من ذلك
لان الموصى له شريك للوارث لا يسلم له شيء الا وان يسلم للوارث مثله وهذا
بخلاف ما لو اقر احد الابنين بدين فانه يعطي المقر له كل الدين من نصيب المقر
لان الدين ليس بجزء شايع بل هو مقدم على الميراث الا ترى ان نصيب
الغائب يجعل كالهالك ولو كان هالكا كان حق الموصى له في ثلث المال وحق الغرماء
في كله فلذلك في مسئلتنا قوله قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي

ولذا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له اذ قاله الولد بعد فيخص كم وقيمته فيه وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث فاخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذ من الولد وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل له ستمائة درهم وله امة تساوي ثلثمائة درهم ولا مال له غير ذلك واوصى بالجارية لرجل ثم مات ثم ولدت الجارية ولدا يساوي ثلثمائة قبل القسمة فللموصى له الجارية وثلث ولدها وقالا يوسف ومحمد للموصى له ثلثا الجارية وثلثا ولدها وان كانوا اقتسموا او اخذ الورثة الستمائة والموصى له الجارية ثم ولدت فالولد للموصى له الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وانما كان الولد والام جميعا للموصى له اذا خرجا من الثلث لان الام كالحادث من النماء قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل انه تقضى ديونه وتنفذ وصاياه فتنفذ الوصية بالثلث فيهما جميعا في الام اصالة وفي الولد تبعا لاتصاله بالام وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث فيهما فيعطى له الثلث منهما جميعا من كل واحد منهما بحصته من الثلث وهذا قولهما وعلى قول ابي حنيفة يوخذ الثلث من الام اولا فان فضل شيء من الثلث يوخذ من الولد وجه قولهما ان الوصية تسري الى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالاجماع لكون التركة باقية على حكم ملك الميت واذا ثبتت السراية بالانفصال صار كان الوصية وقعت بهما جميعا ومنهما مثل نصيب اليه وثلث المال مثل قيمتهما فلما دخل الولد في الوصية بالاتصال لم يخرج عنها بالانفصال فوجب تنفيذ الوصية في ثلث كل واحد منهما على السوا بلا تقدم الام الا ترى انه لو تزوج امراة على جارية فولدت في يد الزوج صار كان العقد وقع عليهما جميعا والزيادة في المبيع قبل القبض لها حصة من الثمن وجه قول ابي حنيفة ان الام هي الاصل في الوصية والولد تبع لان الموصي قصد بالوصية الام لا النماء فلا يجوز نقض الوصية في الاصل بل هو تابع له وقد كان الوصية بالام صحت حيث كانت مثل ثلث المال ثم لما اشركنا الولد معها في الوصية لانتقض بعض الوصية

الزوائد

في الام التي هي الاصل بما هو تابع له فلا يجوز ذلك فوجب تنفيذ الوصية في الام ثم يكمل الثلث من الولد لانه لما اعتبر الموصى به فلا ينقض الوصية من الاصل وليس كذلك البيع لان العقود بالشركة لا تنقض شيئا من الاصل لان البيع نافذ في الام كما كان وانما يحط بعض الثمن عن الاصل في البيع تابع مقصودا بمنزلة حط بعض الثمن بخلاف الوصية فانها لو جعل الولد يخرج بعض الاصل عن الوصية فلا تبقى الوصية في الام كما كانت فلا يجوز ان يكون التبع ناقضا للاصل فاما اذا اقتسموا او ولدت بعد القسمة فيكون الولد للموصى له لانه حدث على خالص ملك الموصى له لاستقرار ملكه في الجارية بعد القسمة **قوله** والولد تبع فيها في الوصية على ما دل الابتداء **قوله** وذلك لا يجوز اي لا يجوز اسقاط من الوصية في بعض الاصل لمزاحمة التبع **قوله** الا انه لا يقابله بعض الثمن اي لا يقابل الاصل بعض الثمن لاجل مزاحمة مقابلة ذلك البعض بالولد اذا اتصل بالولد القبض لان الولد اذا مات قبل القبض فانه بموته لا يقابله شيء من الثمن بل ياخذ الام بجميع الثمن **فصل في اعتبار**

حالة الوصية

لما ذكر احكام الوصية في انها تصح من ثلث المال لا غير عند عدم اجازة الورثة ذكر في هذا الفصل ان الوصية متى يعتبر وصفه حال ايجاب الوصية ام حال الموت فشرع في بيان ذلك واخر هذا الفصل ذكره لان حال الوصية وصف لها والوصف يتبع الموصوف لا محالة **قوله** قال واذا اقر المريض لامراة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة الى ما في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يوصي بمرضه لامراة بدين او يوصي لها بوصية او يهب لها هبة ثم يتزوجها ثم يموت من ذلك المرض فان الدين جائز والهبة والوصية باطلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان الاقرار ملزم بنفسه فلا يتوقف الى الشرط زائدا ليتوقف الوصية الى الموت وصح اقراره بالدين لان اقراره حصل للاجنبية ثم يبطل باعتراض الوصية بعد ذلك

ما بعد

ولان وقوع الاقرار بالدين يحتمل ان يصل الى الثاني دون سبيل الوصايا ولهذا يعتبر
من جميع المال ولا يبطل بالدين بخلاف الوصية فانها تمليك مضاف الى الموت والمراد
عند الموت وارثه ولا وصية للوارث بالحديث واما الهبة وان كان وقوعها في الحال منجزا
لانها لم تتصل الى ما بعد الموت لكن في حكم الوصية حكما لانها تبرع الا ترى انه لو
وهب شيئا في مرض موته لاجنبي وهو جميع ماله وسلمه له صح ذلك وصار ملكا للموهوب
له اذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ والكل من حقا للورثة وفي الكل حقا للغرماء وصار
الهبة كالمتعلق بالموت فصار حكمها حكم الوصية وعند زفر يبطل اقراره لها بالدين
لحدوث الزوجية كالهبة والوصية وجوابه ان الاقرار يعتبر بحال لما قلنا وعند وجود
الاقرار هي اجنبية بخلاف الوصية فانها لا تعتبر للحال بل عند الموت والمرأة حينئذ وارثة
والهبة كالوصية حكما لما قلنا انفا وقد مر نحو من هذا في كتاب الاقرار في باب اقرار
المريض **قوله** ولا يبطل بالدين اي لا يبطل الاقرار بسبب الدين يعني ان الدين لا
يمنع صحة الاقرار سواء كان الاقرار في الصحة او في المرض الا ان الثاني وهو الاقرار
الواقع في المرض مؤخر عندنا عن الاقرار الواقع في الصحة حتى ان المال يصرف الى ما اقر
به حالة الصحة اولا وعند ابن ابي ليلى الاقراران سببا … يستويان وهو مذهب
الشافعي وقد مر ذلك في باب اقرار المريض مستوفى **قوله** قال واذا اقر المريض
لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك
كله اي قال في الجامع الصغير ولفظ اصل الجامع الصغير وقال في المريض اقر لابنه
وهو نصراني بدين او وهب له هبة فقبضها او اوصى له بوصية ثم اسلم الابن ثم مات
الرجل فان ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا ثم اعتق وهذا الذي ذكره في الجامع
الصغير اما بطلان الهبة والوصية فلما قلنا في المسألة الاولى واما الاقرار فانما
بطل لان الابن وان لم يكن مستحقا للميراث وقت وجود الاقرار لكفر او رقه واستحقاق

الارث

الارث مانع لصحة الاقرار ولكن لما كان سبب الارث وهو البنوة قائما وقت الاقرار بطل
الاقرار وهذا لان الحال ليس حال استحقاق الارث حتى يعتبر اهلية الاستحقاق
لارث التهمة بل اعتبر لارث التهمة نفس السبب وهو البنوة وهي قائمة وقت الاقرار
الا ترى ان الابن لو كان مسلما وقت الاقرار لم يصح الاقرار وان لم يكن استحقاق
الارث ثابتا قبل الموت فعلم ان نفس السبب هو المعتبر بخلاف ما قلنا في
المسألة الاولى اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لان سبب الارث
وهو الزوجية لم يكن قائما وقت الاقرار فوزان مسألتنا هذه من تلك المسألة ان لو كانت
له امرأة نصرانية فاقر لها بدين في مرضه ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار ونظير
مسألتنا هذه من اقر لاخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه
بطل الاقرار للاخ لقيام سبب الارث وهو الاخوة وقت الاقرار واما اذا كان
الابن عبدا او مكاتبا فاعتق ثم مات الاب فلا شك ان الوصية له باطلة لانها
تمليك مضاف الى ما بعد الموت والابن حينئذ وارث ولا وصية للوارث واما
الهبة فقال فخر الاسلام في شرحه للجامع الصغير ذكر في بعض الروايات
انها تصح لانها تفيد الملك في الحال ووقت الهبة هو رقيق فكانت هبة للمولى
فتصح قال وفي عامة الروايات الهبة بمنزلة الوصية ولا تصح واما الاقرار فقد قال
الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير نقلا عن كتاب الاقرار ان كان
على العبد دين لا يصح الاقرار لان الاقرار يكون للعبد وهو ابنه فلا يصح الاقرار
لان المولى لا يملك ما في يده وان لم يكن على العبد دين يصح الاقرار لان الاقرار
يكون لمولاه ومولاه اجنبي فيصح الاقرار له وهذا لان المولى يملك ما في يده **قوله**
قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا طال ذلك فلم يخف منه الموت
فهبته من جميع المال اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في المفلوج والمقعد والاشل والمسلول اذا طال وكذلك به

فصار بحال لا يخاف منه الموت ان وهبه او حاباه جاز من راس المال وان فعل ذلك اول
ما اصابه فهو من الثلث. ولفظ مختصره اما اذا تقادم ذلك خرج من حكم المرض
وصار ذلك طبعا من طباعه حتى لا يشتغل بالمداواة فلم يجعله حكم الابتداء معتبرا
بصرفه من جميع المال ونفي اقرار الوارث فان مات صاحب فراش بعد ذلك كان
ذلك بمنزلة حدوث المرض ولو مات صاحب فراش في اول ما حدثت به العلة وصار في
ابتداء ذلك فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح اقراره للوارث لانه
يشتغل بالمداواة ويخاف منه الهلاك ومثله المسلول من الخواص الفالج ذهاب
الحس والحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق الاخر والسل عبارة عن اجتماع
المدة في الصدر ونفثها وقال في الصحاح السلال بالضم السل يقال اسله الله فهو
مسلول وهو من الشواذ وقال الزمخشري في مقدمته سل فهو مسلول فعلى هذا
لا يكون من الشواذ وتفسير المطرزي ان الدق سل انثياه اي نزعت خصياه لا
يناسب في هذا الموضع لان الكلام فيما اذا تطاول المرض لم يخف منه الموت والذي
نزعت خصياه بعد تطاول الزمان لا يسمى ~~الزمان~~ مريضا اصلا والسلال فساد
في البدن يقولون في الدعا لا اسلال ولا اغلال يقال سلت يده تسل وشل اشل والله اعلم

باب العتق في المرض

لما كان الاعتاق في المرض في معنى الوصية لوقوعه تبرعا في زمان تعلق حق الورثة ذكره
في كتاب الوصايا ولكن اخر ذلك عما هو صريح في الوصية لكون الصريح هو الاصل في الدلالة
قوله قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر
من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا اي قال القدوري في مختصره وفي بعض نسخ
القدوري فهو وصية مكان قوله جائز ورايت في نسخة ثقة مكتوبة في تاريخ سنة

خمس

خمس وعشرين وخمسمائة فذلك كله وصية يعتبر من الثلث والمراد من قوله وصية
اعتبار العتق الواقع في المرض او بيع المحاباة الواقع فيه او الهبة الواقعة فيه من الثلث
كاعتبار الوصية من الثلث وليس يريد ان كل واحد من الاشياء المذكورة وقع وصية
حقيقة لان حقيقة الوصية ايجاب ملك مضاف الى ما بعد الموت وليس كل واحد
منها كذلك ولكن لما كان حكمها حكم الوصية في اعتبار الثلث سماه وصية وعلى هذا ما اسند المريض الكفالة على
نفسه في ذمته فهو حكم الوصية يعتبر من الثلث وهو كالضمان والكفالة لكانه تبرع
في الكفالة على نفسه في ذمته كما تبرع في الهبة من كل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث
وان كان الايجاب واقعا في الصحة لانه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال فكان
المعتبر فيه حال عقد التصرف ولكن ان كان منجزا يعتبر من جميع المال وان كان
مريضا فمن الثلث وقالوا كل مرض صح منه وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف
الاصحاء لانه لما برا من مرضه تبين ان مرضه لم يكن سبب العجز عن تصرفه حيث
لم يكن حق احد متعلقا بماله **قوله** ويضرب به مع اصحاب الوصايا اي يضرب بالثلث
كل واحد من هولاء الثلثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض
الذي باع بالمحاباة والموهوب له مع سائر اصحاب الوصايا والمراد من ضربهم بالثلث
مع اصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا فانهم يستحقون الثلث
لا غير وليس المراد انهم يساوون اصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم لان العتق
المنفذ في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث الا ترى الى ما ذكر الشيخ ابو جعفر
الطحاوي في مختصره ومن اوصى بوصايا في مرضه واعتق عبيدا له بدئ بالعتاق
فاخرج من الثلث فان فضل شيء كان لاهل الوصايا وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم
انتهى لفظه رحمه الله وذلك لما حدث ابو بكر الرازي في شرح المختصر عن عبد الباقي
بن قانع قال حدثنا بشر بن موسى قال حدثنا ابو عبد الرحمن المقرئ عن حيوة قال
حدثنا يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال مضت السنة ان يبدأ بالعتاق



والوصية وايضا لما كان العتق مما لا يلحقه الفسخ وسائر الوصايا يلحقها الفسخ صار العتق
آكد منها ومتى اجتمع امران لا يمكن اجازتهما جميعا واحدهما ينفسخ والآخر لا ينفسخ
فالذي لا ينفسخ اولى بالثبات وما ينفسخ اولى بالبطلان الا ترى ان رجلا لو اعتق عبد
رجل بغير امره وباعه آخر فاجاز الامرين جاز العتق وبطل البيع ولذلك لو وكل وكيلا
بعتق عبده والآخر ببيعه واوقعا الامرين جميعا جاز العتق وبطل البيع ثم العتق انما يكون
مقدما على سائر الوصايا اذا كان منفذا في المرض او معلقا بالموت مثل ان يقول
ان حدث بي حدث من هذا المرض فانت حر او قال من ذلك المرض فهو حر فاما اذا اوصى بعتق
عبده بعد موته بوقت فلا يبدأ بالعتق بل يكون هو وسائر الوصايا سواء الا ترى
انما كالهبة او الصدقة حكمه حكم الوصايا واذا اوصى الرجل بعتق عبده بعد موته
واوصى لآخر بالالف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدأ بالعتق لان الوصية بالعتق
تحتمل النقض والرد فصار حكمها حكم سائر الوصايا الا ترى انه لو ظهر على الميت دين
كان العبد يباع وتبطل الوصية وهذه الوصية تحتاج الى الانفاذ كما تحتاج سائر
الوصايا وانما كان العتق اولى من سائر الوصايا اذا كان العتق في المرض او اضافه
الى الموت فيعتق بموته بغير اعتاق الورثة فذلك العتق لا يحتمل النقض والرد
فاما هذه الوصية فهي وسائر الوصايا سواء الا ان يكون هو اولى بالبداية من غيرها
ولو قال هو حر بعد موتي بيوم او بشهر فهو وسائر الوصايا سواء ولا يكون هو اولى
بالبداية لان العتق اذا تأخر عن الموت لا يعتق الا باعتاق الوصي وقد جرت
فيها سهام المواريث فصار حكمها حكم سائر الوصايا لانها تحتمل النقض والرد
وتحتاج الى انفاذ الوصية الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله **قوله** كالضمان والكفالة لما كان
الضمان اعم من الكفالة حصل التغاير بينهما فعطف الكفالة عليه الا ترى ان من قال
لآخر خالع امرأتك على الف على اني ضامن فخلعها صح وكان الالف على الاجنبي قال في خلاصة الفتاوى
ولو ان رجلا قال للزوج اخلعها على عبدي هذا او الف هذه او داري هذه فخلعها

على هذا فالخلع جائز ولا حاجة الى قبول المرأة لان العاقد الاجنبي ثم قال ولو قال
الاجنبي للزوج اخلعها على عبدي هذا فقال الزوج خلعت تم الخلع من غير ان يقول
المخالع قبلت واذا تم الخلع بقبول الاجنبي لزمه عين البدل ان كان مما يتعين
قوله فان كان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة
وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين اي في القدوري وفي مختصره
وقال في المختلف المريض اذا باع عبدا او اشترى بغبن فاحش واعتق عبدا
ان بدأ بالمحاباة بدأ بها وسعى العبد في القيمة ولو بدأ بالعتق ثم بالمحاباة تحاصا
والمشتري بالخيار وقالا العتق اولى تقدم او تأخر وجملة الكلام هنا ما ذكر الكرخي
في مختصره قال وما ذكرت من هذه الوصايا فان تمامها لم يجاوز قدر الثلث
فان كل واحد من اصحابها يضرب بقدر نصيبه من الثلث فيكون الثلث بينهم
على ذلك لا يبدأ بعضهم على بعض الا ان يكون عتقا موقعا في المرض او موقعا
بموت الموصي او محاباة في بيع وقع في المرض فانه يبدأ بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب
اهل الوصايا بعد ذلك فيما بقي من الثلث فيكون بينهم على قدر وصاياهم فان
ضاق الثلث عن العتق والمحاباة فان ابا حنيفة قال ان كانت المحاباة قبل العتق
بدئ بالمحاباة قبل العتق وان كان العتق قبل المحاباة تحاصا جميعا صاحب
المحاباة والعتق فان لم يبق شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا وان بقي من الثلث
شيء تضاربوا فيه على قدر وصاياهم وقال ابو حنيفة اذا اعتق وحابى بدئ
بالمحاباة الا ان يتقدم العتق وان معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق قبل المحاباة تقدم العتق او تأخر فان لم
يبق شيء من الثلث بطلت الوصايا الباقية وان بقي من الثلث شيء تضارب اهل الوصايا
الباقية فيه على قدر وصاياهم وكان لكل واحد منهم قدر ما يخصه وصيته من ذلك الى هنا

لغط الكرخي رحمه الله وقال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية وفي كتاب نكت الوصايا وذكر
عن زفر انه قال ان بدا بالمحاباة فهي اولى وان بدا بالعتق فالعتق اولى لان البداية تدل
على العناية فكان اولى مما اخره وذكر الطحاوي في كتاب التقريب قول زفر مثل قول
ابي حنيفة ولا يجوز ان يكون عنه روايتان وقال الفقيه ايضا في كتاب نكت الوصايا ذكر عن
عثمان انه قال دخلت على بشر بن غياث المريسي فقلت لم قال ابو حنيفة ان المحاباة
اولى فقال لا ادري فقلت له انا اخبرك حتى اجر اما قال لا فنكس بشر راسه
ساعة ثم قال نكتة اعجبت بتلك النكتة فخرجت من عنده ودخلت على
سفيان بن سحبان واخبرته بالنكتة فتعجب من تلك النكتة واعجبته تلك
مضت على ذلك مدة فنسيت النكتة ودخلت على سفيان بن سحبان فقلت
النكتة التي قالها بشر في وقت كذا قال نسيتها ثم دخلت ايضا على بشر فقلت
النكتة التي قلتها في وقت كذا فقال نسيتها فقد ذهبت النكتة وبقيت المسألة
بغير نكتة وقد حصل عندنا الى هنا لفظ الفقيه في كتابه رحمه الله وهو قول
الشافعي ايضا ما دونا في المسألة المتقدمة من حديث سعيد بن المسيب
قال مضت السنة ان يبدا بالعتاق في الوصية ولان العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة
يلحقها الفسخ فكان ما لا يلحقه الفسخ اولى بالتقدم وهذا لان المحاباة حصلت في البيع
والبيع عقد ضمان لان البيع مضمون عليه مطالب بتسليم المبيع وصارت
المحاباة بمنزلة الدين لوجوب المطالبة به والعتق تبرع والضمان والتبرع اذا اجتمعا
كان الضمان اولى فاما اذا اعتق اولا ثم حابى فالعتق مقدم في قول البتي لانه تبرع الورثة
بعده مثل ما اوصى به وصار هذا عتق موسر واعتاق الموسر معان به الضمان
والمحاباة ايضا عقد ضمان فتساويا في الضمان فلما استويا قسم الثلث بينهما نصفين
ولان كل واحد من العتق والمحاباة يساوي الاخر في انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي

والمحاباة

والمحاباة مزية اخرى ليست للعتق وهي انها تتعلق استحقاقها بعقد معاوضة ثم
اذا قدم العتق كان له مزية التسبيق لان الانسان يقدم عند موته ما هو الاهم
فكان لكل واحد منهما مزيتان فتساويا واذا قدمت المحاباة حصل لها مزية التسبيق
لان الانسان يقدم عند موته ايضا مع المزيتين ولم يبق للعتق الا مزية واحدة
وهي انه لا يلحقه الفسخ فكانت المحاباة اولى ولان المحاباة حتى لا دني ثبت بعوض فصارت
مثل الدين يقر به المريض فيكون اولى من العتق اذا بداها اذ كان مخرجه مخرج
المعاوضة الا ترى ان من اقر بدين كان مصدقا على الورثة وجعل في الحكم
كانه ملك يد لا لولا ذلك لما جاز اقراره الا من الثلث كذلك المحاباة لما اشبهت
الدين من هذا الوجه وجب ان يبدا بها على العتق اذا بداها فان قيل الجزء
الذي فيه المحاباة ليس بازائه عوض قيل له هو قد جعل الثمن عوضا لجميع العقد
واحدة مخرج المعاوضة ولذلك الدين المقر به يجوز ان لا يكون بدلا من شيء الا انه لما
اخرجه مخرج ما فيه عوض كان اولى فكذلك المحاباة فان قيل العتق لا يلحقه
الفسخ والبيع يلحقه الفسخ فكان العتق اولى بالتقدم قلنا لا اثر لعدم لحاق الفسخ
في التقدم لانه منقوض بالدين فانه يلحقه الفسخ ومع هذا يتقدم على العتق الذي
لا يلحقه الفسخ فان قيل لو كانت المحاباة بمنزلة الدين لجازت على الورثة ولم تكن
من الثلث كما ان الدين ليس من الثلث قلنا افتراقهما من هذا الوجه لا يمنع الجمع
بينهما في وجوب البداءة بالمحاباة على العتق الا ترى ان العتق في المرض يعتبر من الثلث
ومع هذا يقدم لتاكده على الوصية بالمال فكذلك المحاباة لما تاكدت بشبهها
بالدين من الوجه الذي كان مقدما على العتق اذا بداها فان قيل الفرقة
في المرض لا رجوع ومع هذا السبب لمعنى العتق فينبغي ان يكون المحاباة كذلك قلنا
يصح الرجوع في الصدقة بعد الموت اذ المخرج من الثلث ولا يصح في المحاباة العتق

فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق اولى قيل المحاباة
لا يقع فسخها من جهة الميت ومن جهة الورثة من قبل ان للمشتري ان يقول انا ازيل
والثمن المقام تمام القيمة فلا يكون لهم سبيل الى فسخها وانما يقع فسخها من جهة المشتري
فيستند باسقاط حقهم في الفسخ على تاكدها فاما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا
اعتبار به لان المحاباة ما وقعت من قبل المشتري فهو الموصى له بل من قبل الموصي ولم يرد
له الفسخ **قوله** اذ المراد بهما ما جاوز الثلث مثل ان يوصي بالربع والسدس
قوله والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح وانما قيد التدبير بالصحيح لانه اذا
لم يكن صحيحا كما اذا قال انت حر بعد موتي بيوم او بشهر لا يكون مقدما على سائر
الوصايا بل هو وسائر الوصايا سواء قد بينا معنى التدبير الصحيح مثل
ان يقول الرجل لمملوكه انت حر بعد موتي وانت حر اذا مت او ان مت او ان حدث
بي حدث فهذا كله واحد وهو مدبر ولذلك لو قال انت حر يوم اموت فانه نوى النهار
دون الليل لم يكن مدبرا وكذلك لو قال ان حدث بي حدث من مرضي هذا او في سفري
هذا فانت حر لم يكن مدبرا ولكن ان شعر وان مات فالعتق وان برأ من مرضه
او رجع من سفره ثم مات لم يعتق كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي **قوله** والمحاباة
في البيع بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع في المرض **قوله** وعنى بالجمة اي بغير
العتق الذي ذكرناه كلمة النسخ والذي ذكره هو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي وهو التدبير الصحيح واراد بغير ذلك سائر الوصايا **قوله**
يستوي فيه من سواهما اي يستوي فيما بقي من الثلث من سوى العتق المذكور والذي
جرى له **قوله** لانه لا يوجب التقدم في الثبوت لان المعطوف في الذكر لا يوجب التقدم
كما اذا اوصى لفلان ولفلان ولفلان بالثلث لا يكون المبدوء بالذكر مقدما على
غيره بل يكون الثلث بينهما اثلاثا فكذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة اولى بالتقدم في

الذكر

الذكر **قوله** فكان تبرعا معنى لا بصيغته وتذكير الضمير الراجع الى المحاباة
على تاويل المذكور يعني ان صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع ولكن التبرع
حصل من حيث المعنى من حيث ايثار بعض الملك حين باع بالغبن الفاحش بخلاف الاعتاق
فانه تبرع صيغة ومعنى لانه ايثار محض ليس في مقابلته عوض المال فكانت المحاباة
اقوى والدليل عليه ما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ان سبب المحاباة
التجارة فان البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمريض لا
لحقه الحجر عن التجارة فاما العتق فتبرع محض والمريض يصير محجورا عن التبرعات
لهذا الوجه كانت المحاباة اقوى **قوله** وعلى هذا قال ابو حنيفة اي على
الاصل الذي ذكرناه من جهة ابي حنيفة قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم
الثلث بين المحاباتين لتساويهما في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة ثم ما اصاب
المحاباة الاخيرة من نصف الثلث قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها لانه حصل له
الاستواء عليها لانه حصل له الاستواء مع المحاباة في المرتبة سقد منه عليها وان
اعتق اولا ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين لان العتق
لما تقدم زاحمها ثم ما اصاب العتق الاول من نصف الثلث كان ذلك بين
العتقين لتجانسهما **قوله** قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة يحج عنه
بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا
يعتق عنه بما بقي اي قال في الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية
واذا اوصى الرجل ان يعتق عنه نسمة بمائة درهم وثلث ماله اقل من مائة فانه لا
يشتري وبطلت الوصية في قول ابي حنيفة وفي قولهما يشتري عبد بثلث ماله
ويعتق وقال الفقيه ايضا ولذلك الخلاف فيمن اوصى ان يعتق نسمة عنه من جميع

يعني السرخسي حتى يتبين الشفيع المنفعة والحكم
الشفعة يحصل بالعقد وبما ان ...ران ... عن
وبهذا علمنا ان البيع بالمحاباة ...

بماله فالوصية في قول ابي حنيفة باطلة وتجوز في قولهما ويعتق من ثلث ماله وان كانت
لا تخرج من ثلث ماله بالاتفاق الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله والنسمة هي
الرقبة التي تشترى للعتق كذا اشار شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي في وجه قولهما انه
نوع قربة قصد بها الموصي التقرب الى الله تعالى ولهذا صح الوصية من غير تعيين النسمة
لتحصيل مقصود الموصي فوجب تنفيذ الوصية ما امكن الا ترى انه لو اوصى بان يحج عنه بهذه
المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي وكما لو اوصى لرجل بهذه المائة فهلك منها
درهم يصرف الباقي اليه فكذلك ههنا ولان الوصية اذا كانت لمستحق لا يجوز
صرفها الى مستحق اخر لان المستحق لم يتبدل لان العتق حق الله تعالى ولم يتبدل
ولهذا جازت الشهادة على عتق العبد عندهما بلا دعوى كما في الامة لان العتق حق
الله تعالى عندهما فلم يكن العبد موصى له بل الموصى له صاحب الشرع ووجه قول ابي حنيفة
ان هذه وصية لعبد يشترى بمائة الى الموصي صرح بذلك فصار الموصى له عبدا
قيمته مائة اقل من ذلك فلو اشترى عبدا قيمته اقل من المائة واعتق يلزم من ذلك
صرف وصية لمستحق الى غيره لان من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة فكان
ذلك تبديلا للوصية لغير من اوصى لها الموصي بخلاف الوصية بالحج فانه حق الله تعالى
وهو لم يتبدل وكذا في المسألة التي قاس عليها لان المستحق لم يتبدل ثم في تقييد
الثمن بالمائة للموصي غرض صحيح وهو التقرب باعتاق افضل الرقاب على ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل اي الرقاب افضل فقال اغلاها ثمنا وانفسها
عند اهلها وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا فرع لمسألة
العتق لان العتق عند ابي حنيفة حق المملوك فلذلك لم تقبل الشهادة عنده على
عتق العبد من غير دعوى كذا ذكر صاحب الهداية وهذا اشبه اي كون هذا الخلاف
في عتق النسمة بناء على ان العتق حق الله تعالى او حق المملوك هو الاشبه بالصواب

وذكر

وذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا الفرق لابي حنيفة بين الوصية بالرقبة
والوصية بالحج ان الوصية بالرقبة لا تشبه الحج لانه لا يمكنه ان يحج عنه بمائة درهم
بغير زيادة ولا نقصان لانهم اذا استأجروا رجلا فربما يزيد نفقته وربما ينقص
فلما لم يمكن ان يقدر فلا يعتبر تقديره واما في الرقبة فيمكن ان يشترى رقبة
بمائة درهم بغير زيادة ولا نقصان فوجب ان يراعى شرطه قال الفقيه ابو الليث
رحمه الله وكان الفقيه الجليل ابو جعفر يقول هذه المسألة فرع لمسألة كتاب القسمة
فان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى قسمة الرقيق ويجعله بمنزلة اجناس مختلفة
وعند ابي يوسف ومحمد بمنزلة جنس واحد فلما اوصى بان يعتق عبد عنه بقيمة
مائة درهم فلو اعتق عبد قيمته اقل من ذلك يكون ذلك العبد من غير جنس
الذي اوصى به الموصي فلا يجوز ان يصرف وصيته الى جنس اخر وعندهما لما كان العبيد
كلها جنسا واحدا فالعبد الذي قيمته اقل من مائة درهم من جنس العبد الذي
قيمته مائة درهم فيجوز صرف الوصية اليه كذا في كتاب نكت الوصايا فاما اذا لم
يهلك من المائة شيء يحج بها فان بقي منها شيء يرد على الورثة الا ان يكون الموصي
جعل الفضل للذي يحج عنه فيكون له **قوله** قال ومن ترك ابنين ومائة درهم
وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في
شيء اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاعتاق في مرض الموت وان كان
في حكم الوصية والوصية بالاكثر من الثلث لا تجوز حقا للورثة لكنهم لما اجازوا
العتق سلم ما زاد على الثلث للعبد وهو السدس لان العبد نصف المال
والزائد على الثلث من النصف هو السدس لانهم اسقطوا حقهم فصار كما اذا
اوصى لرجل بنصف ماله فاجازت الورثة سلم ذلك للموصى له فكذلك ههنا **قوله**
قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية

اي قال في الجامع الصغير اعلم ان العبد اذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع او الفدا
ثم هذا العبد الموصى له بعتقه اذا جنى جناية بعد موت الموصي كان للورثة الخيار
ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا فدوه فان دفعوه بطلت الوصية لان الدفع
يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له
الا ترى ان الموصي لو باعه او بيع بعد موته بسبب الدين ان الوصية تبطل وان ذلك
ههنا في الاركان لان حق اولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذلك مقدم على
من يتلقى الملك من المالك وان اختاروا الفدا كانت الدية عليهم في مالهم لالتزامهم
وجازت الوصية لطهارة العبد بالفدا عن الجناية فصار كانه لم يجن **قوله** الا
ان ملكه فيه باق استثناء من قوله لما ان حق ولي الجناية مقدم يعني ان ملك الموصي في العبد
باق مع ان حق الولي مقدم وانما يزول بالدفع فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد
ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه كما اذا كان العبد اخا لامرأة الموصي مثلا
وانما يبقى ملكه فيه الى ان يستغني عن حاجته لانه سبب الخلافة **قوله** كطهر عن الجناية
هو ما يطهر المهملة من الطهارة **قوله** قال ومن اوصى بثلث ماله لاخر فاقر الموصى
له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال
الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل
من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة اي قال في الجامع الصغير وذلك لان
غرض الوارث من هذا الكلام ان لا شيء للموصى له الا ان يفضل على قيمة العبد من
الثلث شيء فيكون الفاضل للموصى له لان العتق في المرض مقدم على سائر الوصايا
لقوته لانه لا يحتمل الرد والنقض وغرض الموصى له ان العتق لم يكن وصية بل كان
منفذا من جميع المال وله ثلث ما سوى العبد من مال الميت والوارث ينكر ذلك اي ينكر
استحقاق الموصى له الثلث سوى العبد لانه يقول العتق كان في المرض وهو مقدم

على الوصية فلما كان الوارث منكرا كان القول قوله لان القول قول المنكر مع
اليمين فاذا كان القول قول الوارث كان الثلث مستحقا بالعتق فان فضل
شيء منه الى تمام الثلث فهو للموصى له وان لم يفضل فلا شيء للموصى له الا ان اقام
البينة ان العتق كان في الصحة ولم يكن وصية فحينئذ يكون ثلث المال للموصى له
كاملا واوجب ان يستحلف الوارث ان لم يقم بينة للموصى له بالثلث ولان الحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات اذا جهل التاريخ واقرب الاوقات حال المرض فيضاف
العتق الحادث اليه لسبق الاقرب ما لم يتبين انه من قبل **قوله** قال ومن ترك
عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم
فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا
يسعى في شيء اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل مات وترك ابنا وترك عبدا فقال
العبد اعتقني ابوك في صحته وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال الابن
صدقتما قال يسعى العبد في قيمته وقال ابو يوسف ومحمد الغلام حر ولا
يسعى في قيمته ويجعل كانه حر كله لانه اقر بهما معا الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير لهما ان العتق في الصحة والدين ظهرا معا بتصديق الابن فلما
ظهرا معا استويا ولم يدفع احدهما الاخر فجعل كل واحد منهما حقا فيثبت
العتق في الصحة والعتق اذا ثبت في الصحة لا يوجب السعاية وان كان المعتق
مديونا ولانه لما لم يتو شيء اخر نقضه الدين بطل الدين وانما قلنا لم يدفع احدهما
الاخر لان كل واحد منهما لو انفرد كان اولى من صاحبه كذا قال الفقيه ابو الليث
ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الدين اقوى من الاقرار بالعتق فيدفع الاقوى الاضعف
والدليل على ذلك ان الدين يصح من راس المال لا من الثلث فحسب وان العتق وصية في المرض

والاقرار بالعتق في المرض يصح من الثلث لا غير واسناد الاقرار بالعتق الى
الصحة انما يصح اذا لم يوجد المانع من الاسناد وقد وجد المانع وهو ان شغل
الدين قارنه فمنع الاسناد الى حالة الصحة فاقتصر العتق على حالة المرض فعلى
هذا كان ينبغي ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ
فيفسخ من حيث المعنى بايجاب السعاية على العبد ويقضى به الدين ولا
يفسخ من حيث الصورة ولان الدين اسبق لانه لا مانع من اسناد الدين
الى حالة الصحة لان الاقرار بالدين يصح من راس المال من الصحيح والمريض جميعا
واسناد العتق الى حالة الصحة لا يمكن لان الدين يمنع ان يقع العتق مجانا بل
جزم وجوب السعاية عليه واقرار الوارث بمنزلة اقرار المريض ولو ان وارث
المريض اقر في مرضه انه اعتق هذا العبد في صحته واقر بدين كان الدين
اولى فكذا اذا اقر الوارث قوله وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك
الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده
الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء اعلم ان
صاحب الهداية جعل الوديعة اقوى عند ابي حنيفة وجعل الدين
والوديعة سواء عند صاحبيه وقد ذكر الخلاف على هذا الوجه نظرا
عندي لان الكتاب رسل صاحب الهداية ذكر الخلاف على عكس هذا الا
يرى ان الحاكم الشهيد ذكر في مختصر الكافي ولو قال له رجل هذه الالف التي
تركها ابوك وديعة لي وقال آخر لي على ابيك الف درهم دين فقال صدقتما
فان ابا حنيفة قال الالف بينهما نصفان وقال ابو يوسف ومحمد صاحب الوديعة
اولى بها وذكر في باب اقرار الوارث بالدين والاقرار من الجامع الصغير ابا الليث
السمرقندي ذكر في كتاب مختلف الرواية وكتاب الاقرار وقال ولو قال له رجل

هذا

هذا الالف الذي تركها ابوك وديعة لي وقال الآخر لي على ابيك دين الف
درهم فقال الابن صدقتما فان في قول ابي حنيفة الالف بينهما نصفان
وعندهما صاحب الوديعة اولى وقال الفقيه ابو الليث في كتاب النوادر قال ابو
حنيفة اذا مات الرجل وترك الفا فقال رجل لوارثه لي على الميت الف دين
وقال الآخر هذه الالف وديعة لي فقال الوارث صدقتما فالالف بينهما
وقالا هو لصاحب الوديعة وكذلك ذكر فخر الاسلام البزدوي والصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير فقال الوديعة اولى عندهما وعند
ابي حنيفة هما سواء وكذلك ذكر الامام نجم الدين ابو حفص عمر النسفي
في كتاب الحصر وعلاء الدين العالم في المختلف فقالا لو قال له رجل هذه
الالف التي تركها ابوك وديعة لي وقال الآخر لي على ابيك الف درهم دين
فقال صدقتما فالالف بينهما نصفان وقالا لصاحب الوديعة اخذها
وكذلك في المنظومة في كتاب الاقرار في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه
لو تركت الالف وهذا يدعي دينا وذاك قال هذا مودعي والابن
قد صدق هذين معا استوى واعطيا من اودعا وبين الفقيه وجه الخلاف
في مختلف الرواية فقال وجه قول ابي حنيفة ان صاحب الدين لما ادعى
الدين فقد ادعى حقا في الذمة متعلقا الى العين فصار مدعيا العين
وصاحب الوديعة يدعي العين ايضا فاذا كان كذلك فكل واحد منهما يدعي
العين وصدقهما الوارث فيه فصارا مستويين بالحق في ذلك العين فكان
بينهما وجه قولهما ان صاحب الدين يدعي حقا في الذمة ثم ينتقل الى العين
وصاحب العين يدعي العين فاذا صدقهما فقد سبق حق صاحب الوديعة
الى العين قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه فكان اولى به والله اعلم

فصل يوجد هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا
ضاق عنها الثلث وقد قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوته
لان العتق لا يلحقه الفسخ **قوله** قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض
منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفرض اولى
في مختصره وتمامه فيه وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره قال هشام عن محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول
محمد ايضا ان كل شيء كان جميعه لله في وجوه من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك
فاوصى به رجل فكان الثلث لا يبلغ ذلك كله فان كان كله تطوعا بدئ بالاول فالاول
مما نطق به حتى ياتي على اخره او بعض الثلث فيبطل ما بقي وكذلك ان كانت
الوصايا كلها فريضة بدئ بالاول فالاول حتى يكون النقصان على الاخر وان كان
بعضه فريضة وبعضه تطوعا بدئ بالفريضة وان اخرها وان كان بعضه تطوعا
وبعضه شيء اوجبه على نفسه بدئ بالذي اوجبه على نفسه وان كان بعضه
اخره في منطقه قال هشام الى هنا قولهم جميعا وقال محمد نفسه وان كان
بعضه فريضة وبعضه شيئا اوجبه على نفسه وبعضه تطوعا بدئ بالفريضة
وان كان اخرها في منطقه ثم يثني بالذي اوجبه على نفسه وان كان اخره في
منطقه ويجعل التطوع اخر ذلك وان كان اوصى بهذا او وصايا لاناس
بعينه تحاصوا جميعا في الثلث فاعطي كل انسان حقه على قدر ما اصابه ثم
جميع ما اصاب هذه الاشياء يصنع به كما وصفت لك فان كان فيه
عتق بتات بدئ به قبل هذا وان كان قال اعتقوا بعد اعتقوا
فلانا تحاصوا قال ابو الحسن واذا ابتدا بالفرائض بدئ بالاول فالاول
منه في اللفظ وكذلك اذا ابتدا بالواجب بدئ بالاول فالاول منه في اللفظ

وان

وان كان التطوع اذا اخر اليه بدئ بالاول فالاول منه في لفظ الموصي قال ابن
سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل اوصى بحجة وكفارة قتل وكفارة ايمان
وصدقة فطر وضحايا تذبح عنه وبنذر وقال ابدا بكفارة القتل ثم
كفارة اليمين ان بلغ الثلث ذلك وان لم يبلغ بدات بما بدا منهما وان بلغ
الثلث وفضل عنها جعلت صدقة الفطر بعدهما لانه اوجب عندي من
الاضاحي لانه لم يختلف احد في صدقة الفطر وقد اختلفوا في الاضاحي
فراه بعضهم واجبا على الغني ولم يره بعضهم فان فضل الثلث عن صدقة الفطر
جعلت ما بقي في النذر والى هنا لفظ الشيخ ابي الحسن الكرخي في مختصره اعلم ان الشيخ
ابا الحسن الكرخي لم يقدم بعض الفرائض على البعض بل قال يبدا بما بدا به الموصي
واخذ علماؤنا رحمهم الله ولكن الشيخ ابو جعفر قدم في مختصره الزكاة على الحج الفريضة
قال في شرح الاقطع وهذا احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخرى
يقدم الحج وقال القدوري في كتاب التقريب وعن ابي يوسف في الاسلام ان الزكاة
والحج يتحاصان وقال ابن شجاع عن ابي يوسف ان الزكاة والحج سواء ثم رجع فقال
الزكاة اوجب كذا في التقريب ثم نرجع الى ما قال في المتن فنقول انما يقدم
الفرائض وان اخرها الموصي في منطقه لان امور المسلمين محمولة على الصحة
ما امكن والحمل على الصحة في تقديم الفرائض لان الفريضة هي الاهم والاولى
من النوافل ولا يحمل على ان الموصي اشتغل بالنافلة وضيع الفريضة فلذلك
قدمت الفرائض وهذا لان من شان المؤمن تاديته الفرض اهم عنده من
النافلة وان تساوت الفرائض في القوة بدئ بما بدا به الموصي لان الانسان انما
يبتدئ بما هو الاهم ثم تقديم الزكاة والحج على الكفارات لقوتهما حيث جاء فيهما
من الوعيد ما لم يات في الكفارات لقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية

وروى البخاري باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتاه الله
مالا فلم يؤد زكاته مثل له يوم القيمة شجاعا اقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيمة ثم
ياخذ بلهزمتيه يعني شدقيه ثم يقول انا مالك انا كنزك ثم تلا ولا يحسبن الذين
يبخلون بما اتاهم الله الاية والاقرع الذي لا شعر على راسه لكثرة سمه والزبيبتان
زبدتان في شدقيه ويقال نقطتان سوداوان فوق عينيه وقال تعالى ولله على
الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غني عن العالمين اي ومن
لم يحج وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من مات ولم يحج فليمت يهوديا او نصرانيا
ثم كفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان الله تعالى ذكر
وجوب هذه الكفارات ولم يدل على وجوب صدقة الفطر ثم صدقة الفطر مقدمة
لاتفاق الامة على وجوبها على الاضحية لاختلافهم في وجوبها على هذا القياس يقدم
بعض الواجبات قال في تحفة الفقهاء قالوا يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة
في القران ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر والفطرة مقدمة على
كفارة الفطر لانها ثبتت بخبر الواحد وهي مقدمة على المنذور وهو مقدم على
الاضحية والواجبات كلها مقدمة على النوافل واما اذا كان مع الوصايا الثابتة
لحق الله تعالى الوصية للادمي فان الموصى له يضرب مع الوصايا في القرب ويجعل كل جهة
من جهات القرب مفردة بالضرب ولا يجعل كلها جهة واحدة فان قال ثلث مالي في
الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة غير الاخرى
ولا يقدم الفرض على حق الادمي لحاجة العبد اليه ثم اعلم انما يصرف الثلث الى الحج
الفرض والزكوة والكفارات اذا اوصى بها فاما بدون الوصية فلا يصرف الثلث
اليها بل يسقط عندنا خلافا للشافعي فعلى هذا سوى الزكاة واذا اوصى بعشر
الثلث اعلق حق الورثة بماله في مرض الموت ثم وجه الرواية التي رويت ان الزكاة

مقدمة

مقدمة على الحج ان كل واحد منهما منصوص عليه في القران ولكن الزكاة يتعلق بها
حق العبد فكانت اقوى ولان المستحق بالزكاة جزء من المال واداء الزكاة بالمال واداء
الحج بالبدن فكانت الزكاة في تعلقها بالمال اقوى من الحج ولهذا اسقط الزكاة بهلاك
المال ولان ابا بكر الصديق وساير الصحابة رضي الله عنهم قاتلوا اهل الردة على منع الزكاة
وصار لها هذه المزية فكانت اولى بالتقديم من الحج لان الامام لا مدخل له في اجبار الناس
على الحج ووجه الرواية الاخرى ان الحج فرض العمر وهو متعلق بالمال والبدن جميعا
والزكاة بالمال وحده فكان الحج اقوى وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي في فصل
اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان تقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس
نفس الحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق
فلا تعتبر قوة الوصية وقال الامام الاسبيجاني في كتاب الزكاة من شرح الطحاوي
ثم الوصايا لا تخلوا اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد وما كان لله تعالى فلا تخلوا
اما ان تكون فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلوة او كلها واجبات كالكفارات
والنذور وصدقة الفطر او كلها تطوعا كالوصية بحج التطوع او الصدقة على الفقرا
او للمسجد وما اشبه ذلك او جمع هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع
ما اوصى به فانه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحتمل جميع ذلك
فان اجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر ان كانت وصاياه كلها
للعباد فانهم يتضاربون بالثلث بسهامهم بالحصص فان كانت وصاياه كلها لله تعالى
فانه ينظر ان كانت كلها فرائض يبدأ بما بدأ به وان كانت كلها واجبات فانه
يبدأ بما بدأ به ايضا وكذلك اذا كانت كلها تطوعا وان كان بعضها فرائض
وبعضها واجبات وبعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض اولا وان اخرها ثم بالواجبات
ثم بالنوافل وان جمع هذه الوصايا كلها فانهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم

فى امات العبادة بقولهم ولا يقدم بعضهم على بعض وما كان لله يجمع ذلك كله
ويبدا منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع هذا اذا لم يكن في الوصية عتق
منفذ ولا محاباة منجزة فان كان عتق منفذ او محاباة منجزة فان في قول
ابي حنيفة ان كانت المحاباة متقدمة على العتق يصرف الثلث كله الى المحاباة ثم
الى العتق ثم الى سائر الوصايا وان كان العتق متقدما يصرف الفضل الى سائر
الوصايا وعندهما المحاباة وسائر الاوصيا سوا وانما يصرف الى العتق فان فضل
منه يصرف الى سائر الوصايا والمحاباة كذا في شرح الطحاوي وقال الامام الاسبيجابي
في اوائل كتاب الوصايا من شرح الطحاوي واذا اوصى الرجل بوصايا فان جاوزت
من الثلث ان يبلغ الثلث لم يجمعها فيها ونفذت وان لم يبلغ ذلك يقسم الثلث بينهم
بالحصة وذلك ان يجمع الوصايا كلها ثم ينظر اليها والى الثلث والى نقصانه من
الوصايا فان كان النقصان مثل نصف الوصايا ينقص من كل وصية نصفها وان
كان النقصان مثل ثلثها ينقص من كل وصية ثلثها نحو ما اذا بلغت الوصايا الف
درهم لاحدهم مائة وللاخر مائتان وللاخر ثلثمائة وللاخر اربعمائة والثلث خمسمائة
فالنقصان من خمسمائة الى مبلغ الوصايا مثل نصفها خمسمائة ينقص من كل وصية
نصفها لصاحب المائة خمسون ولصاحب المائتين مائة وعلى هذا القياس **قوله**
وفي رواية عنه اي عن ابي يوسف يقدم الحج وهو قول محمد جعل صاحب الهداية تقديم
الحج على الزكاة قول محمد اما القدوري في شرح مختصر الكرخي وشمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي والهداية وصاحب التحفة والشيخ ابو نصر في شرح
الاقطع جعلوا تقديم الزكاة على الحج قول محمد وقال العصمي في شرحه ان كفارة القتل
تقدم على كفارة اليمين والظهار ثم كفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار وعلل بان
كفارة القتل اقوى لشرط الاسلام فيها وكفارة اليمين اقوى من كفارة الظهار

لانها

لانها وجبت لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على
نفسه ولنا انه ذكر لانه خلاف المنصوص من الرواية لانه لا تقدم الفرائض بعضها
على بعض وكذلك الواجبات لا يقدم بعضها على بعض وكذا التطوع بل يبدا بما بدأ به
الموصي وقد نص الكرخي على ذلك والمعنى في تقديم الزكاة والحج على الكفارات ذكرناه
وهو الوعيد ومثل ذلك لم يوجد في شيء من الكفارات **قوله** لما بينا اشارة الى
قوله لان الظاهر ان يبتدي بالاهم **قوله** صرح بذلك اي بالتقديم وذلك
بان يقول ابدوا بما بدأت **قوله** قالوا اي مشايخنا اذا كان مع الوصايا الثابتة
لحق الله تعالى حق الادمي فالموصى له يضرب مع الوصايا في القرب وقد ذكرناه عن
التحفة قبل هذا **قوله** قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج
راكبا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا
عنه من حيث تبلغ وذلك لان الواجب على الموصي ان يحج من بلده لانه يشترط
من الزاد والراحلة ما يكفيه من بلده فيصرف الوصية الى ما اوجب الله عليه وقد
اوجبه تعالى من بلده فلا جرم يحج عنه من بلده ايضا لان المقصود من تنفيذ الوصية
بالحج ادا ما على الموصي وانما وجب عليه ان يحج راكبا لان الموصي لم يكن يجب عليه الحج اذا لم
يقدر على الحج الراحلة وانما يجب عليه اذا اقدر على الراحلة فاذا وجب الحج على الموصي
راكبا لم يتم الادا الا على الذي يحج عنه لذلك راكبا قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا وذكر هشام عن محمد انه قال لو ان انسانا قال ان انا حججت من منزله بهذا المال
ماشيا لا يعطى له ذلك ويحج من حيث يبلغ راكبا لان الحج المعروف ان يكون راكبا
فالوصية انصرفت الى الحج المعروف قوله فان لم يبلغ النفقة ذلك قالوا القياس
ان لا يحج عنه لان الموصي امر بالحج عنه بصفة لم توجد هي الا انه جاز الحج عنه من حيث
يبلغ النفقة لان الموصي قد قصد بهذه الوصية الثواب فيجب تنفيذ وصيته

تما امكن ولا يمكن تنفيذ الوصية وفي مسئلتنا الاثر حيث تبلغ النفقة فكان
تنفيذها بقدر الامكان اولى من ابطالها بالكلية وقد مر الفرق على قول ابي
حنيفة في الفصل المتقدم فيما اذا اوصى بان يعتق عنه هذه المائة عبدا
فهلك منها درهم انه لا يعتق عنه بما بقي من الوصية بالحج بثلث ماله وبلغ ماله
لا يبلغ حيث يحج من حيث يبلغ وهو ان المستحق تبدل في الاول ولم يتبدل في
الثاني **قوله** فان خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه
يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة اراد بالقدوري في مختصره وقول زفر كقول
ابي حنيفة ذكره القدوري في التقريب في كتاب الحج وقال ابو يوسف ومحمد يحج من حيث
مات وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا ولو انه خرج الى بلد
هو اقرب الى مكة فمات واوصى بان يحج عنه فان كان خروجه حاجا فانه يحج من حيث
اوصى قال الفقيه ولم يذكر ههنا الشيخ رحمه الله يعني في كتاب الاصل غير انه ذكر في الحاج
الكبير ان القياس ان يحج من منزله وفي الاستحسان يحج من حيث مات وذكر في
موضع اخر ان قول ابي حنيفة يحج من منزله وفي قول صاحبيه من حيث مات فثبت
ان الذي قال ههنا جواب الاستحسان وهو قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ
الفقيه رحمه الله وقال القدوري في وصايا التقريب وكذلك الخلاف في الحاج
عن الميت اذا مات في بعض الطريق وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان خرج
يريد الحج فمات في الطريق يحج عنه من حيث مات وفي الجامع الصغير قال عند ابي
حنيفة يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات وفي الجامع الكبير ذكر في
المسئلة القياس والاستحسان في القياس يحج عنه من حيث مات الى هنا لفظ
شمس الائمة رحمه الله وجه الاستحسان ان الميت تقرب بذلك المقدار بالخروج الى
الله تعالى وقد حصل له الثواب قال تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله
ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله فلا يجوز ابطال ذلك المقدار من الخروج وقد

كان

كان قصده بالوصية اتمام ذلك الخروج فوجب اتمام ذلك بالاحجاج من ذلك
الموضع وفي اعتبار هذا الطريق تحصيل مقصوده وفي الاخذ بالقياس تفويت
مقصوده لان الذي يحج عنه من بلده ربما يموت في بعض الطريق ايضا فيحتاج الى ان يحج
اخر عنه من بلده ايضا فيفنى بذلك ماله اصلا ولا يحصل المقصود وهذا
بخلاف ما اذا خرج للتجارة فان سفره ذلك ليس لاداء الحج فوجب الاحجاج من
منزله لان الوصية تنصرف الى الحج المعروف من منزله ووجه القياس وهو قول ابي
حنيفة وزفر انه لما مات قبل اتمام العمل صار خروجه لغير الحج ولو انه خرج لغير الحج
كما اذا خرج تاجرا فمات في بعض الطريق يحج من منزله فكذلك ههنا وهذا لان
الخروج بعد الموت قبل اداء الحج انقطع فانفسخ بدليل قوله عليه السلام اذا مات
ابن ادم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة
جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث الا ترى ان المصلي اذا مات
قبل الفراغ من الصلوة انفسخت صلاته ولان المقصود بالخروج اقامة
العبادة فلما لم تتم العبادة بذلك الخروج انتقض ذلك الخروج الا ترى انه لو احرم
بالحج ومات واوصى يجب استيناف الاحرام لانه لما مات قبل اتمامه انتقض
ذلك الاحرام فكذلك الخروج ولان الوصية تنصرف الى الحجة التي اوجبها
الله تعالى وتلك الحجة هي التي وجبت من بلده فوجب ان تؤدى على الوجه الذي وجبت
وقال في كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل اوطان شتى فان كان مات في بعض
الاوطان يحج من ذلك الوطن وان مات في السفر يحج من اقرب الاوطان الى مكة
لان بذلك المقدار احاطة وتيقنا والزيادة شك **قوله** على ما قررناه
اشارة الى قوله لان الواجب لله الحج من بلده والله اعلم بالصواب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

لما كان هذا الباب مشتملا على الوصايا لقوم مخصوصين اخره ذكرا عن الابواب
المتقدمة لقلة فائدته لان ما تقدم لا يخص قوما دون قوم فكان لعموم فائدته
تقديمه ذكرا اولى **قوله** قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي
حنيفة رضي الله عنه اي قال القدوري في مختصره لما ذكر القدوري كلام ابي يوسف
ومحمد رحمهما وقد ذكر في التقريب فقال قال محمد في الاملاء اذا اوصى لجيرانه فالوصية
للملاصقين قربت الابواب او بعدت عند ابي حنيفة وقالا لمن يجمعهم مسجد في
الجماعة والدعوة وذكر ابن شجاع عن ابي يوسف اعتبار اهل المحلة الذين يصلون
في مسجد واحد قال وهذا قول ابي حنيفة وذكر بشر عن ابي يوسف ان
الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في مسجدين صغيرين متقاربين فان تباعدا
وكان واحد منهما عظيما جامعا فلكل اهل مسجد جيران دون الاخرين وان كان
في المصر قبائل فالجيران الافخاذ دون القبائل الى ههنا لفظ التقريب
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال في الاملاء قال ابو حنيفة اذا اوصى
فقال ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت
تلزقه فالوصية تجمع من فيها من السكان وغيرهم عبيدا كانوا او احرارا
نساء كانوا او رجالا يقسم بالسوية ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت
الابواب او بعدت اذا كانوا ملاصقين الدار وقال ابو يوسف هم اهل المحلة
هؤلاء الذين ذكر ابو حنيفة ولغيرهم من الجيران من اهل المحلة ممن يجمعهم مسجد واحد
وجماعة واحدة ودعوة واحدة هؤلاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم
بالسوية الانثى والذكر فيه سواء والمسلم والكافر في ذلك كله سواء وقال في
الزيادات عن ابي حنيفة اذا اوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في هذا
ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تجب لاهلها الشفعة
ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد

واما

واما انا فاني استحسن ان اجعل الوصية لجيرانه الملازقين من السكان
ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذين فيهم
الموصي من الملازقين وغيرهم والسكان ممن في تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية
الاقربون والابعدون والكافر والمسلم والصبي والمراة في ذلك سواء وليس
للمماليك والمدبرين وامهات الاولاد في ذلك شيء فاما المكاتبون فهم في الوصية
سواء اذا كانوا سكانا في المحلة ولم يذكر عن ابي حنيفة في ذلك شيئا الى ههنا
لفظ الكرخي رحمه الله وقوله فهو قول ابي حنيفة ان الجار هو الملازق بداره
سواء كان في الدار او مالكا ذكره الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية وقال
وغيرهم واذا اوصى لجيرانه اعطى اربعين جارا من اربعة جوانب من كل
جانب اربعون وجه قول الشافعي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم حق الجوار
اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا اما قال العلماء انه خبر لا يعرف
وراويه مطعون وضعفوهما وهو الاستحسان ان الموصي قصد بر من
خالطه ويقرب منه وهذا المعنى يستوي الملاصق وغيره لان كل
واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جارا عرفا فوجب حمل الاسم
عليه يؤيده ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا صلوة لجار المسجد الا في
المسجد لانه لم يرد به الملازق دون غيره فصار اهل المسجد كلهم جارا فدل
ذلك تحت اسم الجار استحق كلهم الوصية ووجه قول ابي حنيفة ان الجار هو
الملاصق عرفا ومن بعد لا يسمى جارا فلو اوجب حمل الاسم على الحقيقة يؤيده
قوله عليه السلام الجار هو من يجاوره سكنا . فاستحق الوصية كل من كان اهل
الشفعة قال القدوري في كتاب التقريب وقال هلال الرأي ان الجار من
اسمعه المنادي لانه روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا صلوة لجار المسجد الا في

في المسجد فتقبل له ومن جار المسجد قال من اسمعه المنادي قال وهذا ليس بشيء لانه
لو جاز اعتبار الوصية بهذا الجوار لجاز في الشفعة **قوله** لاطلاقه اي لاطلاق
اسم الجار على الملوك وغيره **قوله** قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امراته اي قال القدوري في مختصره وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله
وقال في الاملاء اذا قال اوصيت بثلث مالي لاصهاري فهو على كل ذي رحم محرم
من زوجته ومن زوجة ابنه ومن بعض ابن ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه فهو له
جميعا اصهاره ولا يدخل في ذلك الزوجة نفسها امراته ولا امراة ابنه ولا
امراة اخيه انما يكون الاصهار كل ذي رحم محرم من زوجة اخيه وابيه وابنه الى
هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري
والاصل في ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اعتق صفية وتزوجها اعتق كل
من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم
وقال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وقال في مجمل اللغة قال الخليل لا يقال
لاهل بيت المراة الا اصهار وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات
واما الصهر فقد يطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد رحمه الله قال عامر بن
عدي ولو كنت صهرا لابن مروان قربت ركابي الى المعروف والعطن الرحب
ولكنني صهر لآل محمد وخال بني العباس والخال كالاب سمى نفسه صهرا وكان اخا
امراة العباس قال فخر الاسلام ومن شرط بقاء هذا الاسم ان يموت
الموصي وهي نساؤه او في عدة منه من طلاق رجعي فاما بعد البينونة فيقطع
المصاهرة وانما يعتبر يوم الموت يعني ان المراة اذا كانت زوجة الموصي
يوم موت الموصي باسم الصهر واذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونه
لانقطاع المصاهرة بالابانة وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة وذكر الامام

نجم الدين عمر النسفي في نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر
والختن فقال اصهاره من يوصي اقارب عرسه ويقول ذاك بياني وحرام
اختانه ازواج كل محارم ومحارم الازواج بالارحام **قوله** وهذا
التفسير اختيار محمد وانما اخذنا بهذا التفسير لان الصهر يجيء في اللغة
بمعنى الختن ايضا وقول محمد حجة في اللغة استشهد بقوله ابو عبيد في
غريب الحديث مع انه موافق بما روينا عن الخليل **قوله** قال ولو اوصى لاختانه
فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية وكذا محارم الازواج ثم قال هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول
الا الازواج المحارم انما قال هذا في عرفهم بعد ان قال وكذا محارم الازواج
لان ذاك رواية الزيادات اي المذكور ثمه على عرفهم لا على عرفنا لان
ازواج المحارم لا يسمون اختانا وفي عرفهم يسمى الكل اختانا قال ابن دريد
في الجمهرة ختن الرجل المتزوج بابنته او باخته والجمع اختان والختونة المصدر
وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي وقال في الزيادات اذا اوصى الرجل لاختانه
بثلث ماله ثم مات فالاختان ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات
وكل امراة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من اختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها
من ذكر او انثى فهو ايضا من اختانه ولا يكون الاختان الا ازواج ذوات
الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذوي الرحم المحرم ولا يكون الاختان ما كان
من قبل نساء الموصي وقال محمد في املائه اذا قال قد اوصيت لاختاني بثلث
مالي فاختانه زوج كل ذات رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فهو له
اختانه فان كانت له اخت وبنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج
وللزوج كل واحد منهن ارحام فكلهم جميعا اختانه والثلث بينهم بالسوية

الانثى والذكر فيه سواء الزوج وحده وغير ذلك سواء الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله قوله قال ومن اوصى لاقربائه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم
محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا اي فان الهاء في
في محصل ويمام لفظه فيه فاذا اوصى بذلك وله عمان وخالان فالوصية لعميه
عند ابي حنيفة واذا كان له عم وخالان فللعم النصف وللخالين النصف وقال
ابو يوسف ومحمد الوصية لكل من ينسب الى الموصى الى اقصى اب له في الاسلام
الى هنا لفظ القدوري رحمه الله وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى
الرجل فقال ثلث مالي لذوي قرابتي فان ابا حنيفة قال الوصية لقرابته من ذوي
الرحم المحرم الاقرب فالاقرب منهم وقال ابو يوسف ومحمد الوصية لجميع قرابته
من قبل الرجال والنساء الى اقصى اب له في الاسلام من الطرفين جميعا يستوون في
الثلث الادنى منهم والابعد والذكر والانثى فيه سواء وقالوا جميعا اذا قال
لذوي قرابتي فهو لاثنين منهم فصاعدا واذا قال لذي قرابتي فهو لواحد
وصاعدا فان مات الموصي وله عمان وخالان فالثلث على قول ابي حنيفة للعمين
وفي قول ابي يوسف ومحمد هو بينهم سواء يشتركون فيه فيكون الثلث بينهم
ارباعا لكل واحد منهم الربع وقال ابو حنيفة اذا كان له عم وخالان فللعم
نصف الثلث والنصف للخالين وان كان له عم واحد ولم يكن له غيره من ذي الرحم
المحرم فنصف النصف للعم ونصف الثلث يرد على ورثة الموصي وقال ابو يوسف
ومحمد الثلث بين العم وبين من وجد من القرابة كان ذا رحم محرم او لم يكن يشتركون
فيه فان لم يكن من قرابته من قبل الرجال والنساء الا عم واحد كان له نصف
الثلث وبقية الثلث يرد على ورثة الموصي وان كان الموصى له ذا قرابته
فهو عند ابي حنيفة لكل ذي رحم محرم ايضا الاقرب فالاقرب فان لم يكن له

الا

الا واحد كان له جميع الثلث ولذلك قال ابو يوسف انه اذا قال لذي
قرابته فوجد من قرابته واحد له رحم قريبا كان او بعيدا الى اقصى اب
له في الاسلام فهو لذلك الواحد لا يختلفون ان ذوي يقع على الاثنين فصاعدا
وذو على الواحد الا انهم يختلفون فيمن يستحق من القرابة على ما فسرت لك
ولا يدخل في القرابة والد ولا ولد ذكر ولا انثى وان كان ممن لا يرث قال
محمد لان الله تعالى قال الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين
فاخرج الوالدين من القرابة وجعلهما اقرب من القرابة فلما خرج الوالدان
من قرابة الولد فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد فلا يسمى قريبا لانه اقرب
الى الوالدين والوالد اليه او هما سواء فاما ما عدا ذلك من جد او جدة من
قبل اب وام او ولد من ذكر او انثى ممن لا يرث فهو من القرابة الذين يقع لهم
الوصية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال في المختلف قال ابو حنيفة اذا
اوصى لاقربائه يشترط فيه خمس شرائط وهو كونه ذا رحم محرم واثنين فصاعدا
وان لا يكون الوالد والولد ممن لا يرث والاقرب فالاقرب في كل من
يجمعه واياه اقصى اب له في الاسلام دخل تحته المحرم وغير المحرم فيه سواء
واتفقوا على اشتراط القرابة لان الاسم له وان لا يكون وارثا لقوله عليه
السلام لا وصية لوارث وان يعتبر الاثنان فصاعدا لانه اسم الجمع والمثنى
كالجمع في باب الوصية لانها اخت الميراث وفي الميراث كذلك ولا يدخل الوالد
والولد لانهما لا يسميان قرابة عرفا واختلفوا في شرطين احدهما المحرمية
في الرحم شرط عنده وعندهما الرحم يكفي والثاني انه يشترط الاقرب فالاقرب
وهما سويان بين الاقرب والابعد الى هنا لفظ المختلف وقال الشافعي
يصرف الى جميع اقربائه من قبل ابيه وامه القريب منهم والبعيد سواء

لذا في شرح الاقطع وهل يدخل فيها الجد وولد الولد قال في الزيادات انه يدخل
ولم يذكر فيه خلافا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخلان
في الوصية وكذا روي عن ابي يوسف لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد
كذا قاله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما اعتبر ابو حنيفة رضي الله عنه
كل ذي رحم محرم لان الله تعالى امر بصلة الرحم ونهى عن قطيعة الرحم والحق الوعيد
الشديد لمن سعى في قطيعته وهو قوله عز وجل ان تفسدوا في الارض وتقطعوا
ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله وقال تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان
وايتاء ذي القربى فاذا كان مامورا بصلة الرحم فالظاهر انه قصد بالوصية
صلة الرحم فانصرفت الوصية الى من يجب عليه صلتهم وانما تجب عليه صلة ذي
رحم محرم ولا تجب عليه صلة غيرهم الا ترى انه لا تجب عليه نفقتهم اذا كانوا
معسرين وتجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم فثبت ان الوصية انصرفت اليهم
ولان بينه وبين ذي الرحم المحرم من الخصوصية ما ليس بينه وبين سائر
القرابات وهو ان لا يجوز المناكحة بينهما ولو ملكه يعتق ولو وهب له هبة
لا يرجع ولو كان معسرا وجبت عليه نفقته فاذا كان بينهما من الخصوصية
ما ليس بين سائر القرابات انصرفت الوصية اليه دون غيره وانما اعتبر
الاقرب فالاقرب لان كل من كان اقرب اليه كان اشبه بهذا اللفظ لان الله
تعالى ندب الى صلة الاقرب فقال الوصية للوالدين والاقربين فالظاهر
انه قصد الاقرب حتى يكون اشبه بكتاب الله تعالى ولان الاقرب اولى كما
في العصبات وذوي الارحام في الميراث والاقرب في الشفعة وما اشبه ذلك
كذلك الوصايا وفي قول ابي يوسف الاول كل ذي رحم محرم فيه سواء وفي
قوله الاخر وهو قول محمد ذو رحم محرم وغيره من القرابة سواء فكل من جمعه

واياه اقصى اب في الاسلام دخل في الوصية وفي قول يوسف بن خالد السمتي
كل من جمعه واياه ابيه اباه في الاسلام دخل في الوصية وقال بعضهم كل من جمعه
اربعة آباء وقال بعضهم كل من عرف من اقربائه دخل فيه ولا يوقت وقتا وجه
قول ابي يوسف الاول ان كل ذي رحم محرم في وجوب الصلة سواء وليس احدهم
اولى من الاخر الا ترى انه لو اوصى لاخوته وله اخوة بعضهم من الاب وبعضهم من الام
وبعضهم من الاب والام دخلوا كلهم في الوصية ولا يعتبر فيهم الاقرب فالاقرب
فلذلك ههنا ووجه قوله الاخر ان لفظ القرابة في الابعد من القريب استعمالا
من الاقربين الا ترى ان الرجل لا يقول لاجنبي هو قريبي فلما كان هذا اللفظ
في الابعدين اكثر استعمالا دخلوا فيه الا ترى الى قوله تعالى وانذر عشيرتك
الاقربين لما نزل جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم زهاء اربعين نفسا وقال
لهم اني نذير لكم بين يدي عذاب شديد وكان فيهم ذو رحم محرم وغيرهم
فثبت انه يدخل في الوصية الجميع الا انه لا يمكن ان يدخل فيه جميع اولاد آدم
فيجعل الحد فيه من جمعه واياه اقصى اب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام
صارت المعرفة باهل الاسلام وكان قبل ذلك يعرف بقبائل الجاهلية
ووجه قول السمتي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا تحل له الصدقة ولا لاحد
من اقربائه وكان بنو هاشم لا تحل لهم اخذ الصدقة وهاشم كان الاب
الثالث لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب
بن هاشم بن عبد مناف ووجه من اعتبر الى اربعة آباء ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يعطي سهم ذوي القربى بني عبد مناف وعبد مناف كان الاب الرابع
فاذا عرفت هذا فان كان للموصي عمان وخالان والوارث غيرهم فالثلث للعمين
دون الخالين في قول ابي حنيفة لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان اقرب

من الخالين لان قرابتهما من قبل الأب والانسان ينسب الى أبيه الا ترى
ان الولاية للعم دون الخال في باب النكاح فثبت انهما اقرب من طريق الحكم
وان كان عما واحدا وخالين كان للعم النصف والنصف الباقي للخالين لان العم
الواحد لا يقع عليه اسم الجماعة فلا يجوز ان يستوجب جميع الوصية فاذا دفع
اليه النصف وبقي النصف صرف الى الخالين لانهما اقرب اليه بعد العم وهما
يستحقان اسم القرابة فاذا اخذ العم النصف فاجعل في النصف الباقي
كانه لم يترك الا الخالين وفي قول ابي يوسف ومحمد الثلث بينهم سوا وقد قال
ابو حنيفة اذا اوصى لذي قرابته وكان له عم استحق جميع الثلث لان اللفظ
يتناول الواحد وفي الخلاف بينهما اذا اوصى لذوي قرابته او لاقاربه او لانسابه
او لارحامه او لذوي ارحامه سوا ذكره في الزيادات قوله على ما اختلف
فيه المشايخ اي اختلف المشايخ في ادراك الاسلام فقال بعضهم هو
اوان يسلم وقال بعضهم لا يشترط الاسلام بل يشترط ان يدرك الاسلام
مثل رجل من العلوية اوصى لاقربائه فمن شرط الاسلام اعتبر الاتصال
بعلي دون ابي طالب ومن لم يشترطه اشترك فيه على قوله اولاد ابي طالب
وهذا اشبه ولا يدخل فيه اولاد عبد المطلب لانه لم يدرك الاسلام
كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات قوله يكون
اسما لمن قامت به اي يكون القريب اسما لمن قامت القرابة به قوله
فينتظم حقيقته مواضع الخلاف اي يشمل اسم القريب بحقيقته مواضع
الخلاف وهي ذو الرحم غير المحرم والرحم الابعد قوله ولا يدخل في قرابة
الولاد اي لا يدخل في الوصية على ذوي قرابته الوالد والولد لانه اقرب
القرابة الا ترى ان من سمى والده قريبا كان عاقا لهو فانه يدل عليه قوله تعالى

الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقربين على الوالدين والعطف يقتضي
المغايرة ولا يكون الوالد قريبا فاذا لم يكن الوالد قريبا لا يكون الولد قريبا
ايضا لانه يلزم من قرب احدهما الى الاخر قرب الاخر اليه والا لا يكون الاقرب
اصلا قوله قال ومن اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي
حنيفة اي قال القدوري في مختصره وقد بيناه وما بعده قبل هذا قوله
ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث اي ثم اذا اوصى لاقاربه وكان له عم واحد
ولم يكن هو وارثا كان له نصف الثلث والنصف الباقي يرد على الورثة لانه لا
بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان قوله او لانسابه هي جمع النسب
كالانصبا في جمع النصيب قوله في جميع ما ذكرنا يعني يشترط فيه خمس شرائط
عند ابي حنيفة وقد مر ذلك وعندهما لا يشترط الرحم المحرم والاقرب
فالاقرب قوله قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة
وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته قوله قال لم يقع مناسبا
لان عادة المصنف ان يذكر لفظ قال اذا كان المسئلة مسئلة القدوري
او الجامع الصغير او كانت مذكورة في البداية وهذه مع ما بعدها الى قوله
ومن اوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة وكل هذه المسائل مذكورة في
مختصر الكرخي قال الكرخي في مختصره قال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا اوصى
بثلث ماله لاهل فلان فان هذا على زوجة فلان خاصة وقال ابو يوسف
ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن تضمه نفقته غير ما كان او غير الزوجة
واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان قد مات او اعتزل عنه او كانت بنتا
قد تزوجت فليس من اهله انما اهله من ضمته نفقته وهو في عياله وقال في
الزيادات اذا اوصى لاهل فلان او لاهله فالقياس في هذا ان الوصية للزوجة

خاصة دون من سواها ولكنا نستحسن فنجعل الوصية لجميع من يعول ممن تجمعهم منزله
دون من الاحرار ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا الوارث للموصي ولا يدخل فيها
الموصي لاهله في شيء من هذه الوصية لم يذكر قول ابي حنيفة والزيادات ان ههنا
لفظ الكرخي رحمه الله وجه قولهما ان اسم الاهل يطلق على كل من يعوله وتضمه
نفقته كدليل قوله تعالى ووصية يوسف واتوني باهلكم اجمعين وقوله تعالى
فنجيناه واهله الا امرأته فيحمل على الكل الا ان المماليك لا يدخلون لانهم
خدم الاهل تبع لهم ولا يتناول المماليك اهل المولى ايضا وان كان له اهل ببلدين
دخلوا جميعا ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وجه قول ابي حنيفة ان الاهل
مراده الزوجة في العرف يقال من تاهل ببلدة فهو منهم اي تزوج وقول صاحب
الهداية يعني في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله وسار باهله فيه نظر لانه لم
يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله
آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الآية فانه خاطبهم بخطاب
الجمع والآية في سورة القصص وليست خاطب في سورة طه وقال وهل
اتاك حديث موسى اذ رأى نارا فقال لاهله امكثوا قوله ولو اوصى لآل
فلان فهو لاهل بيته قال الكرخي في مختصره ولو قال اوصيت بثلث مالي
لآل فلان كان بمنزلة قوله لاهل بيت فلان ولا يدخل احد من قرابة الام
في شيء من هذه الوصية الى ههنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال الكرخي ايضا ولو
اوصى بثلث ماله لاهل بيته او لحسبه فهذا على بني ابيه الاب الذين ينسبون
اليه اقصى اب في الاسلام من ذوي الرحم المحرم وغيرهم ممن لا يرث على ما وصفت لك
وان كان ابوه او ولده على غير دينه وهو ولده لصلبه دخلوا في الوصية لانهم
من اهل بيته الى ههنا لفظ الكرخي وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي

اذا

اذا اوصى لاهل بيته فان كان الموصي من اولاد العباس فكل من كانت نسبته
الى العباس من قبل الاب دخل فيه سواء كان ذكرا او انثى بعد ان يكونوا منسوبين
اليه من قبل الآباء ومن كان نسبته اليه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا يسمى
من اهل بيته وانما يسمى من اهل بيت اخرين وكذا الوصية لجنس فلان او لحسابه
جنسه لان الجنس واهل البيت سواء وقال فخر الاسلام في شرح الزيادات
ولذلك المرأة توصي لاهل بيتها وجنسها لم يدخل فيه ولدها الا ان يكون من
بني اعمامها **قوله** لان الانسان يتجنس بابيه لان الجنس عبارة عن النسب
والنسب الى الآباء الا ترى ان ابراهيم ولد النبي عليه السلام كان هاشميا وان كان
ولده من مارية وكذلك الخلفاء ولدوا من الاماء جميعا الا ما شذ وكانوا
عباسيين صالحين للخلافة **قوله** ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم
او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية اغنياؤهم
وفقراؤهم ذكورهم واناثهم فاليتيم اسم لمن كان دون البلوغ لقول النبي عليه
السلام لا يتم بعد احتلام رواه علي في السنن في كتاب الوصايا قال في جمع الفقه
ولو اوصى لايتام بني فلان فانه يقع على [illegible] له ولو اوصى لايامى بني فلان فالايم
كل امرأة لا زوج لها بلغت او كانت بكرا او ثيبا وعند محمد يقع على الثيب لا غير
والارملة كل امرأة محتاجة ارملت من زوجها وما ابهم الوصايا نوعان
فالوصية لقوم يحصون تقع على عددهم وتسهم على السواء ذكرهم واناثهم غنيهم
وفقيرهم صغيرهم وكبيرهم فاما اذا كان لا يحصى عددهم فهو على ما لو اوصى
لاهل الحاجة نصا بان قال لفقراء بني تميم او لمساكينهم والاصل فيه فانه يصح لان
الحق فيه لله تعالى والفقراء مصارف فصاحب الحق معلوم فصحت الثاني ان يكون
اسما لا يدل على الحاجة لا عرفا ولا لغة كقوله اوصيت لبني فلان او لايامى بني

فلان او لنسائهم او لبناتهم او لاخوالهم او لشيوخهم فانه لا يجوز لان الوصية
تقع لهم وهم مجهولون والثالث ان يكون الاسم قد يقع على الفقرا اما في عرف
اللغة او في عرف الشرع كما اذا اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم لقوله
تعالى واليتامى والمساكين ثم كانوا لا يحصون يستدل به انه اراد به الفقرا
منهم فتصح الوصية بخلاف ما اذا كانوا يحصون فانه يقع على الاغنيا والفقرا
منهم لانه يمكن العمل بحقيقة الاسم لان الوصية تصح لهم اذا في الحقيقة وجملة الكلام
فيه ما قال الكرخي في مختصره قال قال محمد في الاملا وقال ابو يوسف ايضا اذا
اوصى بثلث ماله لايتام بني فلان فان كانوا يحصون دخل فيهم الفقير والغني
فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سوا وان كانوا لا يحصون فالثلث
للفقرا منهم كانه اوصى للمساكين فيعطي الوصي من شا منهم وكذلك لو قال اوصيت
بثلث مالي لعميان بني فلان او لزمنى بني فلان فان كانوا يحصون فالثلث بينهم
للغني والفقير منهم بالسوية وان كانوا لا يحصون فالثلث للفقرا منهم على ما وصفت
لك واذا اوصى لارامل بني فلان فالوصية بينهن لكل امراة محتاجة كان لها
زوج وطلقها او مات عنها فهذه الارملة وقد رملت من زوجها وما لها
ولا تدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ولا تدخل في ذلك امراة غنية فان كن
يحصين فهن في ذلك بينهن بالسوية وان كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك
من امر المساكين واذا اوصى لايامى بني فلان والايم كل جارية قد جومعت
لا زوج لها هذه الايم غنية كانت او فقيرة فان كن يحصين فالثلث بينهن
بالسوية الغنيات والمحتاجات وان كن لا يحصين كان بمنزلة قوله لبني ادم
وبني تميم فالوصية باطلة ولا يكون الجارية التي لها زوج ايما واذا قال لكل ثيب
من بني فلان فاذا كن لا يحصين فالوصية باطلة وان كن يحصين فالوصية جائزة

بينهن بالسوية الصغيرة والكبيرة في ذلك سوا والثيب كل امراة جومعت
حلالا او حراما صغيرة كانت او كبيرة غنية كانت او فقيرة ذات زوج كانت
او غير ذات زوج قال محمد وهذا اقرب الى قول ابي يوسف وقولنا فاما في قول ابي
حنيفة فانه ينبغي ان يكون اذا جومعت بفجور ان لا يكون ثيبا واذا اوصى لكل بكر
من بني فلان فان كن لا يحصين فالوصية باطلة وان كن يحصين فالوصية للابكار
دون الذكور والبكر كل امراة صغيرة كانت او كبيرة غنية او فقيرة او ذات زوج
او غير ذات زوج ما لم يتزوجها رجل فاذا ذهبت العذرة من وثبة او من
وضوء او دم حيض او غير ذلك الا انه لم يجامعها رجل فهي بكر على حالها وهي داخلة
في الوصية فاذا اتاها رجل فجامعها بفجور او حلال او بشبهة فقد خرجت من
ان تكون بكرا ولا شي لها من الوصية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال الكرخي ايضا
فيما نقل في نوادره عن ابي يوسف في رجل اوصى لقرابته فالقرابة من قبل
الاب والام واما الجنس واللحمة فمن قبل الاب وقال ابو يوسف اذا اوصى رجل
لاهل بيته دخل ابوه وجده فيهم اذا كان ممن لا يرث واذا اوصى لقرابته لم
يدخل الاب والجد ويعطى من ذلك الا من يكون اقرب الى الاقرب فالاقرب وقال
ابو يوسف في رجل اوصى بثلث ماله في القبيلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو
اخت قال يوضع الثلث في جميع قرابته من هولا ومن ولد منهم بعد موته باقل
من ستة اشهر ومن ولد بعد ذلك لم يدخل معهم وقال الكرخي ايضا قال ابن سماعة
سمعت ابا يوسف قال في رجل قال قد اوصيت بثلث مالي لشباب اهل بيتي
او قال لكهول اهل بيتي او قال لشيوخ اهل بيتي قال الشباب من خمس عشرة سنة
الى الخمسين سنة الى ان يغلب عليه الشمط فبعد ذلك والكهل من الثلثين الى خمسين
والشيخ ما زاد على الخمسين قال ابن سماعة وكان ابو يوسف قال في هذا مثل هذا

هذا القول باشهر او سنة خلاف هذا وقال هذا القول بعد ذلك وقال ابن
سماعة عن ابي يوسف سمعته يقول في رجل اوصى لكهول اهل بيته قال الكهول من
ثلاثين سنة فصاعدا الى مائة او اكثر وان قال لمشيخة اهل بيتي فالشيخ من
اربعين سنة فصاعدا وان قال على اهل بيتي فان اقل من خمس عشرة سنة الا
ان يكون منهم قد احتلم في اقل من ذلك قال ابو الحسن ارى هذا القول الذي ذكر
ابن سماعة انه اجمع عليه ورواه ابن سماعة قولا اخر قال سمعت ابا يوسف
قال في رجل اوصى بثلث ماله لكهول اهل بيته قال هو لابناء الثلاثين الى الاربعين
وقال الشيخ ما زاد على الخمسين وان لم يشب واذا زاد على الاربعين وكانت
شيبته الاكثر فهو شيخ وان كان السواد الاكثر فليس بشيخ والشاب اذا
احتلم فهو شاب قال ابو عبد الله احسبه الى الثلاثين سنة وقال عمرو بن ابي عمرو
عن محمد الغلام ما كان اقل من خمس عشرة سنة والشبان الفتيان اذا بلغوا
الخمس عشرة سنة فوق ذلك والكهول اذا بلغوا الاربعين ما بين الخمسين
الى الستين الا ان يكون الشيب قد غلب عليه فيكون شيخا وان لم يبلغ
الخمسين الا انه لا يكون كهلا حتى يبلغ الاربعين فكذلك لا يكون شيخا حتى يجاوزها
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** اذا كانوا قوما يحصون قال الفقيه ابو
الليث السمرقندي في كتاب الوصايا اختلفوا في مقدار الاحصاء روي عن
ابي يوسف انه قال اذا زادوا على المائة فانهم لا يحصون وان كانوا مائة او اقل
فانهم يحصون واحتج ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم سهام خيبر وجعل لكل
مائة سهما فقد اعطى لكل مائة سهما كان ذلك قسمة صحيحة فقد وقع ذلك
في ملك خاص وقال بعضهم اذا كانوا بحال لا يمكن ان يعد الا ان يموت منهم
ميت او يولد فيهم مولود فهم قوم لا يحصون وقال بعضهم اذا كانوا بحال لو نظر

الناظر

الناظر اليهم لا يعرف عددهم ويحتاج الى التكلف في حسابهم وقال بعضهم لا
نتوقف في ذلك وقتا والامر موكول الى اجتهاد الحاكم وقال ابن قدر في
الاحصاء ابو اسحق ورايت ان هذا قول محمد الى هنا لفظ الفقيه وكتاب
قوله وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى
الجمع والله اثنان اي اقل الجمع اثنان في الوصايا ولم يذكر صاحب الهداية فيه
الخلاف وينبغي ان يكون هذا على قول محمد لان الفقيه ابا الليث ذكرها في كتاب الوصايا
فيه الخلاف اذا قال لفقراء بني فلان فانه يجوز وذلك لانه قصد بالوصية القربة
الى الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع الى جميع فقرائهم لانه يصير بمنزلة التسمية لهم
وان كانوا لا يحصون جاز ان يدفع الى بعضهم دون بعض في قول ابي حنيفة وابي
يوسف جاز له ان يدفع كله الى فقير واحد وفي قول محمد لا يجوز الا ان يدفع الى
اثنين فصاعدا اما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فهو ان الكلام اذا صرف الى
الجنس فالجنس يتناول الواحد والاكثر الا ترى الى قول الله تعالى انما الصدقات
للفقراء والمساكين فلو دفع الى مسكين واحد جاز ولو حلف لا يتزوج رجل وقال عبده
حر ان تزوج النساء فتزوج امراة واحدة عتق العبد فكذلك ههنا انصرف
الى الجنس والجنس يقع على الواحد والاكثر واما مذهب محمد فهو ان الوصية
اخت الميراث واقل الجماعة في باب الميراث اثنان فصاعدا الا ترى الى قول
الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فوقع ذلك الاسم على الاثنين
فصاعدا فلذلك ههنا ولذلك ذكر الخلاف في مختلف الرواية وشرح الطحاوي
وغير ذلك **قوله** ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة
اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول
الذكور خاصة كذا قال الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف في رجل اوصى بثلثه

لبني فلان رجل من الناس يعرف بان ابا حنيفة قال في ذلك هو لولده جميعا الذكر
والانثى فيه سواء ثم رجع عن ذلك فقال هو للذكور دون الاناث قال الا ترى انك
لا تقول للمرأة هذه من بني فلان اذا اردت نسبتها الى ابيها فاما اذا نسبتها
الى القبيلة فانك تقول هي من بني فلان فليستقيم وقال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي اذا اوصى بثلثه لبني فلان فهذا لا يخلو اما ان يكون الاب
قبيلة مثل تميم وكلب او لا يكون قبيلة فان كان قبيلة يدخل
فيه الذكور والاناث لان المراد النسبة والمرأة تقول انا من بني فلان
كما يقول الرجل لانه لا حقيقة هذه النسبة وانما ينسب اليها مجازا فيستوي
جنس من ينسب اليها حقيقة كان او مجازا الا ترى انه يدخل فيه الحليف والعديد
وهذا اذا كانوا يحصون فان كانوا لا يحصون فالوصية باطلة لان في القبيلة
اغنياء وفقراء والوصية للاغنياء صلة والصلة للمجهول باطل وهذا ذكره الفقيه
ابو الليث في مختلف الرواية حيث قال اذا اوصى لبني فلان فان كان فلان
ابا القبيلة جازت الوصية ويدخل فيه البنون والبنات اذا كانوا يحصون
لانهم اذا كانوا يحصون فهي وصية لمعلوم فصحت الوصية وان كانوا لا يحصون
فهي وصية لمجهول فلم تجز الى هنا لفظ الفقيه وذكر في التحفة بخلاف هذا حيث
صحح الوصية اذا كان لا يحصى عددهم ايضا قال ولو اوصى لبني فلان ان كانوا لا
يحصى عددهم ايضا ~~قال ولو اوصى لبني فلان ان كانوا لا يحصى عددهم~~ كبني تميم
وبني العباس فانه يصرف الى جميع القبيلة ويدخل فيهم الحليف والموالي
بسبب الولاء والعتاقة لان هذه بمنزلة الصدقة ولهذا يصرف الى الواحد
او اكثر عند ابي يوسف لانه اسم جنس وعند محمد يصرف الى الاثنين لان اسم الجنس
في الوصية يقع على الاثنين والذكر والانثى فيه سواء لانه اسم القبيلة كذا في التحفة

فاما

فاما اذا كان فلان اب صلب فان الفقيه وكتاب نكت الوصايا قال ان كانوا
كلهم ذكورا او اناثا اختلفوا فيه في قول ابي حنيفة الذي روى عنه ابو يوسف وهو
قول ابي حنيفة الذي روى عنه يوسف بن خالد السمتي يدخل فيه الذكور والاناث
جميعا كما هو مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ان البنين جماعة الابن فيقع هذا
اللفظ على الذكور دون الاناث لانه يمكن ان يصرف الكلام الى الحقيقة فيستغني
عن المجاز وحقيقة هذا اللفظ للذكور دون الاناث الا ترى ان الاولاد لو
كانوا كلهم اناثا لا نسمي لهم والمعنى في ذلك انه جعل الوصية للبنين لا للبنات
فكذلك ههنا ولذلك اذا كان فلان جدا لا يدخل فيه الا الذكور لان
النسبة الى الجد بمنزلة الحقيقة لان كثيرا من الناس ينسب الى الجد الا
ترى ان ابن ابي ليلى ينسب الى الجد وكذلك ابو نصر بن سلام وهو ابن جده
البنت لان الانسان قد ينسب الى الجد ما يحكم بالصلب والجد سوا
واما مذهب محمد ان البنات اذا اختلطن بالبنين غلب اسم الذكور على البنات
الا ترى انه تعالى ابوان وان كان احدهما اما فكذلك ههنا تسمى بنين
وان كان بعضهم اناثا الا ترى الى قوله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء
تعبير على الاخوة والاخوات اسم الاخوة وقال في التحفة واما اذا لم يكن لفلان
ولد الصلب فان الوصية للذكور من اولاد البنين عند ابي حنيفة وعندهما
يدخل الكل وهل يدخل بنو البنات عند ابي حنيفة روى الحسن انهم يدخلون
وذكر في السير الكبير انهم لا يدخلون ولو كان له ابن واحد وبنو ابنين فللابن
النصف والباقي للورثة دون بني البنين وعندهما للابن النصف والباقي
لبني البنين واذا كان له ابنان وبنو ابن فالكل للابنين لان الاثنين في الوصية
بمنزلة الجميع ولو كان ابن واحد وبنات فالنصف للابن والباقي للورثة عنده

ابي حنيفة وعندهما النصف للابن والباقي للبنات ولو كان له بنات وبنو ابن
فلا شيء لهم بل للورثة عنده وعندهما الكل على السوا ولو اوصى لولد فلان فانه
يدخل فيه الذكر والانثى على السوا ويدخل فيه الجنين الذي يولد لاقل من ستة
اشهر ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حيا فان كان بنات وبنو الابن فهي
للبنات لا غير ولو كان ولد واحد فالكل له لان اسم الولد يقع على الواحد كذا في التحفة
قوله بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور
والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني ادم قال
الكرخي في مختصره واذا قال لبني فلان وبنو فلان اولئك قبيلة لا يحصى دخل
مواليهم في الوصية موالي الموالاة الذين اسلموا على ايديهم ووالوهم وموالي العتاقة
وحلفاؤهم واعدادهم معهم وان كان اوصى لبني فلان وهم بنو اب وليسوا بقبيلة
ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي ودون الحلفاء
انتهى لفظ الكرخي رحمه الله والحليف اسم لمن ياتي قبيلة يحلف لهم ويحلفون على
التناصر ويقال فلان عديد بني فلان اي يعد منهم والفخذ من العشائر
اقل من البطن وبيانه فيما قال صاحب الكشاف الشعب الطبقة الاولى من
الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن
والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع
البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة
قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت
الشعوب لان القبائل تشعبت منها قوله قال واذا اوصى لولد فلان فالوصية
بينهم الذكر والانثى فيه سواء قال القدوري في مختصره وذلك لان اسم الولد
يتناول كل واحد من الذكر والانثى على الانفراد فيتناولهم على الاجتماع فكل

يتناول

يتناول الذكر والانثى تناولا واحدا الاسم يتساويان في الاستحقاق لانه ليس في اللفظ
ما يدل على التفضيل قال الفقيه ابو الليث وذا بمنزلة الوصايا ولو اوصى
لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده ولد الولد يسمى ولدا
على طريق المجاز فلو صرفت الوصية اليه صح كلام الموصي ولو لم يصرف اليه بطل كلام
الموصي والعاقل يقصد بكلامه ما يصح ولا يقصد بكلامه ما لا يصح فاذا كان
هكذا ادخل ولد الولد في الوصية اذا لم يكن له ولد الصلب ولو كان له ولد واحد
من ولد الصلب فالوصية كلها له لانه يستحق اسم الولد وليس لولد الولد شيء لانه
اذا امكن صرف الكلام الى الحقيقة لا يصرف الى المجاز ولا يكون لولد البنت شيء
لان ولد البنت ليس من ولده لانه ينسب الى قوم الاب ولا ينسب الى قوم الام
فاذا لم يكن من ولده لا يدخل فيه وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
حيث قال ولو كان له ولد واحد ذكرا او انثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق
للاسم على الحقيقة فلا يصرف الى المجاز وذكر الكرخي في مختصره بخلاف ذلك
حيث قال وان قال قد اوصيت بثلث مالي لولد فلان ولفلان ولد لصلبه
ذكور واناث كان الثلث لهم بعد ان يكونوا اثنين فصاعدا ولم يكن لولد ولده
شيء وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكرا
كان او انثى وكان ما بقي لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية الذكر
والانثى فيه سواء وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف
انتهى لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في كتاب التقريب روى الحسن عن
ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن اوصى لولد فلان انه يدخل في الوصية الولد وولد الولد
لان الاسم يتناولهم وقد فهم ذلك من ظاهر قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
ثم قال القدوري والصحيح انه لا يدخل فيه الا ولد الصلب لان الاسم حقيقة فيهم

مجاز في ولد الولد ومن اصله ان الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز ثم قال وقد قال ابو حنيفة فيمن اوصى لولد فلان وله اولاد بنات انهم لا يدخلون في الوصية وروى الحسن عنه دخولهم في الوصية مثل اولاد البنين ثم قال وذكر الطحاوي عن الخصاف عن محمد ان بني البنات يدخلون في الوقف الذي لبني فلان وقد ذكر في السير ان بني البنات لا يدخلون في الامان اذا كان للرجل ولد ثم قال وذكر الخصاف عن ابي حنيفة فيمن اوصى لولد فلان بثلث ماله ان الثلث للذكور دون الاناث وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة مثل ذلك وقال محمد يدخل اولاد البنات ثم قال القدوري وذكر الانصاري عن ابي حنيفة وزفر ان ولد البنات يدخلون في الوقف للاولاد ووجه الرواية الاولى ان ولد البنات لا ينسبون الى الجد وانما ينسبون الى قبيلة ابيهم ومواليهم وولد فلان يفيد من ينسب اليه بالولادة وقد سئل الشعبي عن ذلك فاجاب انه لولد البنين وانشد بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاباعد وجه رواية الحسن ان ولد البنات ينسبون الى جدهم ولهذا قال في الحسن والحسين انهما ابنا رسول الله صلى الله عليه وسلم واولاده وهنا حكاية يحيى بن يعمر ذكرها شمس الائمة السرخسي في شرح السير الكبير وهي ان الحجاج امر به ذات يوم فادخل عليه وهم بقتله فقال له لتقرن على انه من كتاب الله تعالى نصا على ان العلوية من ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم او لاملكن فتلا قوله تعالى فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم وقوله تعالى ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان وايوب ويوسف وموسى وهرون وكذلك نجزي المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس كل من الصالحين ثم قال وعيسى من ذرية نوح من قبل الاب او من قبل الام فبهت الحجاج وردة بجميل وقال كاني سمعت هذه الان وذكر الواحدي في اسباب نزول القران عن الشعبي قال ابناءنا الحسن والحسين

ونساؤنا فاطمة وانفسنا علي بن ابي طالب جوابه ان ذلك نوع من المجاز ولا مانع منه بدليل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من رجالكم ومن كان والدك حقيقة كنت ابناله حقيقة **قوله** ومن اوصى لولد بني فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه لما وجب لهم بوراثة فلان دل ذلك على تفضيل البعض على البعض كما في الميراث فلما دل على التفضيل في الميراث كان للذكر مثل حظ الانثيين **قوله** ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وهذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري قال محمد في الجامع الكبير وان اوصى الرجل بثلث ماله لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة حتى يتبين لاي الفريقين اوصى ولو مات قبل البيان لا تنفذ وصيته وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع هكذا ذكر في الكتاب واضاف القول الى ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ثم قال الشيخ ابو المعين وحكى الشيخ الامام ابو نصر الصفار عن القاضي ابي الهيثم النيسابوري قال كان ابو سهل الزجاجي يقول روي عن ابي حنيفة ان الوصية جائزة والثلث بين الفريقين الاعلين منهما والاسفلين ثم قال ابو المعين وروي عن ابي يوسف في الموالي روايتان قال في رواية ان الوصية جائزة للموالي الذين اعتقهم الموصي وروى هشام عن محمد انه قال الوصية باطلة الى ان يصطلحا على ان الثلث بينهما فاذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية وكان الثلث بين الفريقين لذا ذكر الشيخ ابو المعين وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى رجل لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه ولم يبين اي الفريقين اراد فالوصية باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقال في التقريب وكذلك ذكر الانصاري عن ابي حنيفة وزفر وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي في بعض كتبه الوصية لهم

جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصطلحوا ووجه رواية ابي سهل ان الاسم
يتناول الفريقين جميعا الاعلى والاسفل ويجوز ان يكون غرضه زيادة النعمة في حق
المولى الاسفل وشكر النعمة في حق المولى الاعلى ولا منافاة فيتناولهما كما اذا
اوصى لاخوته وهم متفرقون لاب وام ولاب ولام فالوصية لهم جميعا ولا يكون البعض
اولى من البعض لتناول الاسم اياهم على السوا فكذلك ههنا لتناول الاسم على السوا
وجه ظاهر الرواية ان المولى يذكر ويراد به المنعم وهو الذي اعتقه ويراد به المنعم عليه
وهو المعتق واللفظ الواحد اذا تناول افرادا مختلفة الحدود كان مشتركا
كاسم القرء ولا عموم للمشترك في موضع الاثبات ولا ترجيح للبعض على البعض
فبقي مجهول المراد لا يدرى ان المراد ايهما وليس كذلك الاخوة لان الاسم يقع على
معنى واحد وهو الانتساب الى احد الابوين فامكن حمل اللفظ على الجمع وكذلك القرابة
لان اسم القرب وذلك يعم ولا يلزم على ما ذكرنا ما اذا كان له معتق ومولى موالاة لان
اطلاق الاسم يختص بالعتاقة ومولى الموالاة يتناوله الاسم بالتقييد فيقال مولى
موالاة فوجب حمل اللفظ على اطلاقه ولا يقال ان اسم المولى يتناول المعتق
والناصر وابن العم ومع هذا لو اوصى لمواليه وله بنو عم جازت الوصية للمعتق
وذلك لان المولى اذا اضيف الى الانسان اقتضى الولاء دون النصرة والعمومة ومن
حكم اللفظ ان يحمل على اطلاقه ولا يلزم على هذا اذا حلف لا يكلم موالي فلان انه يحمل
على الاعلى والاسفل لانه نفي وللمشترك عموم في موضع النفي ووجه ما روي عن ابي
يوسف ان الوصية جائزة والثلث للمولى الاعلى ان التعارض قد تحقق وترجحت جهة
المعتق المنعم على المعتق المنعم عليه لان الوصية له شكر النعمة وهو واجب والوصية
للمعتق المنعم عليه زيادة انعام وتربية الصنيعة وهذا البر يوجب لهو من مكارم
الاخلاق وهو مندوب اليه ولا شك في علو رتبة الواجب على المندوب اليه وكذا الاشتغال

بالعاقل

بالعاقل الاشتغال بالمندوب اليه والاعراض عن الواجب لاستحقاقه اللائمة
والعتب على ترك الواجب دون ترك المندوب اليه فانصرف مطلق كلامه الى هذا
ووجه الرواية التي قال فيها ان الوصية تصح ويصرف الثلث الى الموالي الاسفلين
لان المتعارف بين الناس انهم يتبرعون لمعتقهم ويقومون بمصالحه ويسعون فيها
فيه نظام اموره وصلاح اسباب معيشته لا يوجد شيء من ذلك في حق معتقهم
لكون المولى الاعلى موسرا او كون الاسفل فقيرا معسرا في الاعم الاغلب فينصرف
مطلق الاسم الى ما هو المتعارف اذ الظاهر هو خصوصا في حالة الموت فان الناس
يشتغلون في هذه الحالة بما هو قربة لكون ذلك احرى لامر الآخرة ويتبادرون اليها
فيه فكان ذلك دينهم وذلك في الاسفل الفقير الذي خلص عن ذل العبودية ولا
مال له يستغني به ولا علة الا الاصطناع له لكن له من الاسباب الفاضلة عن
الحاجة ما صرف الى العتاق عليه فكان الراجح الظاهر هذا الحمل واجب
والمصير الى اثبات التعارض والقول بالتعارض مع امكان الترجيح ليس بسديد
جواب هذين الكلامين ان كل واحد من الامرين مقصود ولا وقوف لاحد من
العباد على ما في قلب غيره من المقصود والمراد فكان الاحتياط في التوقف عند
التردد لا القطع على ما لا يتيقن بحقيقته والقول بحدوث الملك مع الشك
والتردد في ثبوت السبب مخالف للاصول ووجه رواية هشام ان بطلان الوصية
قبل الاصطلاح لمكان الجهالة اذ لا يدري من المستحق الثلث فقد زالت
الجهالة بالاصطلاح لان بعضه يصل الى المستحق وبعضه الى غير المستحق برضا
المستحق فيصح الوصية كما لو اقر وقال لاحد هذين الرجلين علي الف درهم كان
الاقرار فاسدا للجهالة ثم اذا اصطلحا انقلب الاقرار جائزا لزوالها فكذا هذا
جوابه ان الانعقاد انما يكون تمليكا ولا يصح التمليك من المجهول لما قلنا ولا يصح ملكه

لاحد الفريقين فيبقى المال على ملك الموصي وانتقل عونه الى ورثته فلا يكون للمولى عليه سبيل
وانما اصطلحوا لخلص الاقرار فانه ليس بابتداء تمليك بل هو اخبار عن كونه ملكا للمقر له
فكان من زعم للمقر انه ملك احدهما وليس عليك لو انما اصطلحا كان فيه وصول الحق الى المالك
والعبرة المالك باذنه فيؤمر بالتسليم اليهما **قوله** ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في
الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده اي يدخل فيما اذا اوصى لمواليه المعتق
في الصحة والمرض جميعا قال في الجامع الكبير ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لانهم مواليه
بعد الموت لانهم يعتقون بعد الموت والوصية تناولت من كان مولى عند موته وهم
ولانهم في الحال ولا وقت الموت الذي هو اوان عمل الوصية وانما يعتق بعد الموت فانه
يثبت لهم بعد الموت من العتق والولا والوصية تناولت المولى وقت الموت وقال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع روي عن ابي يوسف انهم يدخلون تحت الوصية لانهم من جملة مواليه
حين وجد سبب استحقاق الولا على اللزوم وهو التدبير والاستيلاد
ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر اي يدخل في الايصا لمواليه قال
في الجامع الصغير ولو كان قال لعبد له ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه
عتق قبل موته ودخل في الوصية لانه من مواليه لانه يعتق في اخر جزء من اجزا الحيوة لتحقق
عدم الضرب في تلك الحالة ووقوع اليأس من حصوله فيصير مولى له ثم يعقبه الموت الناس
ثم ينفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية ووجوبها **قوله** ولو كان له
موالي واولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة
وهذه مسئلة الجامع الصغير ايضا قال الامام في مختصره قال ابو يوسف ولو كان الموصي
من العرب وله موالي عتاقة وموالي اسلموا على يديه والوهم في الوصية شركا ولان
لتناول الاسم اياهم على السوا ثم انما جازت هذه الوصية لان الموصى له معلوم لان الموصي
لم يرد الا الموالي الاسفلين بخلاف المسئلة الاولى وانما دخلت اولاد الموالي في الوصية

لانهم مواليه ايضا بطريق الحقيقة لان ولا ابائهم ثبت باعتاق الموصي اياهم
فكانوا مواليه حقيقة وولا اولاد الموالي ثبت ايضا بعين ذلك الاعتاق لا بسبب
اخر فكانوا مواليه ايضا حقيقة ولهذا لا يجوز نفي ولا اولاد الموالي عنه ولا يصح
ان يقال ليس هولا بمواليه كما لا يجوز ان ينفي ولا معتقه بخلاف ما اذا اوصى
لبني فلان او لاولاد فلان وله بنون واولاد صلب يكون الوصية لهم دون اولادهم
لانهم اولاد بطريق المجاز ولهذا يصح النفي بان يقال ليس هولا ولده انما هو ولد
ولده وقال العتابي في شرح الجامع ولو كان له موالي العتق وموالي الموالاة فالقياس
هو الاستوا لانه باشر سببا ولا الكل وفي الاستحسان موالي العتاقة اولى
لانه اقوى ثم قال وحكي عن ابي الحسن الكرخي ان الوصية باطلة لان الاسم يتناول كل
واحد بطريق الحقيقة ولا ترجيح لمكان الجهالة **قوله** والاعتاق لازم فكان الاسم له احق
هذا جواب اشكال يقرر بان يقال لما كانت الجهة مختلفة في المعتق وموالي الموالاة
في احدهما الانعام وفي الاخر عقد الالتزام كان ينبغي ان تبطل الوصية فاجاب
عنه بذلك يعني انما تبطل الوصية اذا لم يوجد الترجيح لاحد الجنسين وقد وجد
لان الاعتاق لازم لا يحتمل الفسخ وولا الموالاة يحتمل الفسخ فكان اسم المولى للمعتق
احق من مولى الموالاة **قوله** ولا يدخل فيهم موالي الموالي اي لا يدخل موالي الموالي في
الوصية للموالي لان موالي الموالي ليسوا موالي الموصي حقيقة لان مولاه حقيقة هو الذي
باشر اعتاقه وانما اضيفوا اليه بطريق التسبيب مجازا لانه باشر سبب ما هو سبب
ولائهم وهو اعتاقه للموالي الاولين ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بان يقال هولا ليسوا مواليه
وانما هم موالي مواليه واللفظ اذا عمل بحقيقته لا ينصرف الى المجاز **قوله** وبخلاف
ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي يعني اذا لم يكن للموصي موالي اعتقهم ولا اولادهم
يكون الوصية لموالي الموالي وذلك لانه لما تعذر العمل بحقيقة اللفظ يعمل بمجازه صيانة

عن الالفاظ اذا اوصى لبني فلان لانه صرف الى من يدلي به حال وجود بنيه وبنيهم والبهم
حال عدمهم فكذا هاهنا **قوله** ولو كان له معتق واحد ومولى المولى فالنصف لمعتقه
والباقي للورثة قال العتابي في شرح الجامع فان كان من مواليه او من اولادهم اثنان
استحقا جميع الثلث لان الاثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث وان كان واحدا فله نصف
الثلث لانه نصف ادنى الجمع والنصف الاخر يصرف الى ورثة الموصي لا الى موالي الموالي
لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز فان لم يكن احد من الموالي ولا من اولادهم فحينئذ يصرف
الى موالي الموالي **قوله** ولا يدخل فيه موالي من اعتقهم ابنه قال في الجامع الكبير ولو
ان رجلا اوصى بثلث ماله لمواليه وليس له موالي اعتقهم ولا موالي مواليه وانما له مولى ابيه
او مولى ابنه لا يكون له من الوصية شيء وذلك لان موالي الاب او الابن لا ينسبون اليه لا بطريق
الحقيقة ولا بطريق المجاز لانه لم يباشر ولاءهم ولا تسبب لذلك فانه لم يعتق من اعتقهم
فلم يكونوا موالي له لا حقيقة ولا مجازا فلم يدخلوا تحت اللفظ وانما قام الرجل مقام الاب
او الابن في ولائهم بطريق التعصيب لا باعتبار انه اعتقهم قال الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الا ان نص على ذلك في الوصية فتصح لانه لما نص عليه فقد سماه باسمه الخاص
فينصرف الوصية اليه باسمه لا باسم المولى **قوله** بخلاف معتق البعض يريد بقوله ولا يدخل
فيه موالي قد اعتقهم ابنه يعني ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه حقيقة
بخلاف موالي الابن لانهم ليسوا موالي اليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا على مذهبهما
لان معتق البعض عند ابي حنيفة كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى
فكذا معتق البعض نحو هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق يعني ان
معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي اذا لم يكن الموالي ولا اولادهم لان ولاء المعتق
ينسب الى الموصي مجازا بخلاف معتق الابن فانه لا ينسب اليه لا حقيقة ولا مجازا والله اعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ عن بيان احكام الوصايا التي تتعلق بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا
التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض واخرها عن الاعيان لان الاعيان هي الاصل
لكون العين قائمة بذاتها دون العرض **قوله** قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى
داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا اي قال القدوري في مختصره وقال الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي والوصية بخدمة العبد او غلته او سكنى الدار او غلتها
تجوز عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت وجه
قوله ان الموصى له يملك الوصية بايجاب الموصي ولا ملك للموصي فيما يحدث بعد موته من
الخدمة والغلة فلا تصح وصيته الا ترى انه لو اعار في حال الحيوة او اجر ثم مات
قبل مضي المدة بطلت العارية والاجارة فالذي لم يصح في حال الحيوة اولى ان لا يجوز
بعد الموت ولنا ان المنافع يصح تمليكها في حال الحيوة ببدل وبغير بدل في العارية
فكذا يصح تمليكها بعد الموت للحاجة لان الموت لا ينافي الحاجة بل يحققها
فيكون العين باقيا على ملكه موقوفا على حاجته مشغولا بتصرفه في الملك فيحدث
المنفعة اذن على ملكه لا على ملك الورثة فتجوز الوصية بها لانه اوصى بما يملكه
لا بما لا يملكه ولهذا كان له منع الرقبة عن الورثة اذا كان يخرج من الثلث
فكذا له ان يمنع المنفعة عنهم ايضا ولان هذه وصية لها نظير من العقود
لانه لو اعاره او اجره في حال الحيوة جاز بالاتفاق فكذلك اذا اوصى بعد
الوفاة لان العقود بعد الوفاة انسب منه حال الحيوة فلما جاز جعل الخدمة
لغيره في حال الحيوة فبعد الوفاة اولى فاذا جازت الوصية بالمنافع جازت موقتة
ومؤبدة كالعارية فانها تمليك المنفعة على اصلنا خلافا للشافعي فانها عنده
اباحة المنافع والوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وهي
الخدمة دون الرقبة لان الوراثة خلافة ولتيسرها ان يقوم الوارث مقام

المورث فما لا يملكه للمورث وهذا لا يتصور الا فيما يبقى وقتين والمنفعة عرض
لا يبقى وقتين فاما الوصية فهي ايجاب ملك بالعقد بمنزلة الاجارة والاعارة ثم لما
جازت الوصية بالمنفعة جازت الوصية بالغلة ايضا لانها بدل المنفعة فاخذ البدل
حكم المبدل في الجواز لان المعنى وهو الحاجة يشمل المنفعة والغلة جميعا والجواب
عن قول ابن ابي ليلى منقول لا نسلم انه لا ملك للموصي فيما يحدث بعد الموت بل ملكه باق فيه
بقدر ما يدفع حاجته ولا نسلم ان الورثة ملك العين مطلقا بل يملكونها مشغولة
بالخدمة الا ترى انه لو جعل الرقبة للموصى له وهي تخرج من الثلث جاز ولم يرثوها فكذا اذا
جعل المنفعة للموصى له جاز ولم يرثوها وانما ورثوا عينا مشغولا بالخدمة وليس الوصية
كالاعارة والاجارة في حال الحيوة حيث تبطلان بالموت الا ترى ان الوكيل يبطل وكالته
بموت الموكل ولو جعله وكيلا بعد وفاته جازت ويصير وصيا قوله فان خرجت
رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه اي قال العلماء رحمهم الله في مختصره وتمامه فانه
وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما وهذا اذا اوصى بخدمة العبد
مؤبدا فاما اذا اوصى بخدمته موقتا مثل ما اذا اوصى بخدمة عبده سنة
يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ثلاث سنين لان العبد لما لم يخرج من
الثلث حيث لم يملك مالا غيره لا يجوز ان تنفذ الوصية في جميع المال ولا سبيل
الى قسمة العبد ذاتا لان قسمة اجزاء الانسان لا تتأتى فلا بد من المهاياة في الخدمة
اي المناوبة فيها من حيث الزمان فيخدم الورثة والموصى له اثلاثا لان الموصى له شريك
الوارث فلا يسلم له شيء الا ويسلم للورثة مثلاه فيخدم لذلك الى ان يمضي ثلاث
سنين فاذا مضت ثلاث سنين فقد سلمت له خدمة سنة واحدة وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بسكنى دار سنة ولا مال له غيرها فانه يسكن ثلثها سنة
ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهو النوع من القسمة اقرب

الى

الى المعادلة لانه يحصل التسوية بين الورثة والموصى له زمانا وذاتا وفي المهاياة
يلزم تقديم احدهما على الآخر زمانا فلا يصار اليها الا عند تعذر القسمة
بالاجزاء ولكن مع هذا لو اقتسموا على القسمة من حيث الزمان جاز ايضا لان المعادلة
في الزمان حقهم فاذا اسقطوها جاز بخلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة وليس
له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لان الغلة عين مال يحتمل القسمة فامكن تنفيذ
الوصية بمقدار الثلث من الغلة في سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا تحتمل القسمة
بالاجزاء لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا تجتمع في وقت واحد فللموصى له ان
يستوفي الخدمة بطريق المهاياة الى ان يكون ما استوفى فيه خدمة سنة كاملة
وكذلك ان اوصى له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة في الموضعين جميعا
تحتمل القسمة فلا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة في سنة واحدة واورد الفقيه
ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا سؤالا وجوابا فقال فان قيل
اذا مضت سنة واحدة لم لا يقال ان وصيته سلمت وانقضت لان الوصية
في ثلث العبد جائزة وفي الثلثين لا تجوز فاذا خدم له العبد كله في ثلث السنة فقد
سلم له خدمة ثلث العبد سنة كاملة كما انه اذا اوصى له بغلة العبد لا يكون له
الا غلة ثلث السنة فيستغل العبد سنة فيكون ثلث ذلك للموصى له وليس له غير
ذلك فلم لا تكون الخدمة هكذا قال الجواب ان يقال انه ههنا يحتاج الى المهاياة في
اليوم الذي يخدم الموصى له يكون ثلثا العبد عنده على سبيل العارية لانه لو لم يجعل
عارية لصار نصيبه بالمستعار لانه يستخدم الثلثين على ان يستخدم الورثة
نصيبه وهذا لا يجوز فاذا كان يؤدي الى هذا يكون ثلث العبد في اليوم
الذي يخدمه على وجه العارية والثلث عند الورثة في اليوم عارية ايضا فاذا
كان هذا مضت ثلاث سنين لم يستخدم الا ثلث العبد فاذا استخدم تمام السنة

والثلثين على وجه العارية قال في شرح الطحاوي
فقد استخدم ثلث العبد بالوصيتين
ولو ان رجلا اوصى بخدمة عبده لفلان سنة فانه ينظر ان كان العبد يخرج من الثلث
فانه يخدم الموصى له سنة كاملة وبعد ذلك يكون للورثة وان كان العبد لا يخرج من
الثلث يخدم له يوما وللورثة يومين يستوفي الموصى له الخدمة السنة في ثلث سنين
ولو اوصى بخدمة عبده سنة معينة او شهرا معينا سنة كذا او العشرة
فان كان يخرج من الثلث خدمه ذلك الشهر او تلك السنة وان كان لا يخرج
من الثلث يخدم الورثة يومين وللموصى له يوما فاذا مضى هذا الشهر حصل
له الخدمة ثلث الشهر او ثلث السنة وبطلت الوصية بعد ذلك لان وصيته
في ذلك الشهر لا غير قوله الا ان لا ادل وهو قسمة الدار بالاجزاء قوله وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار الا في رواية عن ابي يوسف هو يقول ان ذلك
حقهم على الخلوص فيتصرفون فيه ولكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى جميعها
بدليل انه لو ظهر للميت مال اخر تخرج الدار من ثلثه كان هو احق بسكنى جميعها ولو خرب
ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال حقه فكانوا ممنوعين
من ذلك قوله قال فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة اي جاءت الغلة ولم يختص
اي ان مات الموصى له بعد موت الموصي عاد الى ورثة الموصي وهو خدمة العبد وغلته
وسكنى الدار وغلتها الى ورثة الموصي لا الى ورثة الموصى له لان الموصي اوجب الحق
للموصى له ليستوفي المنافع من الخدمة والسكنى والغلة على حكم ملك الموصي فلو انتقل
الى ورثة الموصى له استحقه الوارث ابتداء من ملك الموصي بلا رضاه ولم يوص للوارث
الموصى له بشيء من ذلك فلا يجوز قوله ولو مات الموصى له في حال حياة الموصي بطلت الوصية
وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان ايجاب الوصية يكون بعد الموت لانه يتعلق

بوجود

بوجود الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البائع للمشتري بعد
موته قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكره في فصل اعتبار حالة الوصية في الفرق بين
الاقرار لاجنبية ثم تزوجها ثم مات حيث يجوز وبين الوصية والهبة لها فان ذلك
باطل بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت ويجوز ان يكون اشارة الى ما ذكره في
اوائل كتاب الوصايا بقوله لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ولا يعتبر قبله
قوله ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك
وهذه المسئلة مع ما بعدها الى قوله واذا اوصى لاخر بثمرة بستانه ذكرت تفريعا على
مسئلة المختصر قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا اوصى بغلة عبده لرجل فاراد الموصى
له بالغلة ان يستخدمه بنفسه لم يذكرها في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه وقال بعضهم
له ان يستخدمه بنفسه وقال بعضهم ليس له ذلك لان الموصي اوصى له بالغلة لا بالخدمة
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا فلو كان اوصى له بغلة الدار فاراد ان يسكن هو
بنفسه فان هذا الفصل لم يذكر عن اصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون فيه ذكر
عن ابي بكر الاسكاف انه قال له ذلك وكان ابو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك اما من
قال له ذلك لان عين السكنى له ولا غلة فاذا سكن هو بنفسه جاز ايضا واما
من قال ليس له ذلك لان في ذلك ضررا على الميت لانه لو اجره واخذ الغلة فلو
ظهر على الميت دين يقضي الدين من تلك الغلة ولو سكن هو بنفسه لا يمكن ان يقضي
من السكنى قوله وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد والدار قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد
ان يؤاجرها عندنا وقال الشافعي له ذلك لانه ملك المنفعة بعقد مضاف الى ما
بعد الموت فملك المنفعة في حالة الحياة ولو ملك المنفعة بالاستئجار في حالة الحياة ملك
الاجارة من غيره فكذلك اذا ملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين

في العين يصح الاعتياض عنه بسوا تملك العين ببدل او بغير بدل فلذلك يصح الاعتياض
عن المنفعة اذا ملكها بخلاف العارية حيث لا يملك المستعير الاعارة عندي لكون الاعارة
وكالة الاباحة لا في حكم التمليك ولان الاعارة ليست بلازمة والوصية بالمنفعة لازمة
كالوصية بالعين ولنا ان الموصى له تملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من الغير بعوض كالمستعير
فانه لا يملك الاجارة لانها تمليك بعوض فكذا هذا والدليل على ان العارية تمليك بغير عوض
انها تنعقد بلفظ التمليك ولهذا لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية
حقيقة ان التمليك اذا وقع بعوض كان لازما حتى لا ينفسخ الا بعذر واذا وقع بغير عوض
كان غير لازم والتمليك بالوصية تمليك بغير عوض فكان غير لازم ولذا العارية ليست بلازمة
لكونها متعرية عن العوض فاذا كانت الوصية غير لازمة لا تصح اجارتها لان الاجارة
لكونها لازمة اقوى من الوصية فلا تملك الاقوى بالاضعف لان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه
وانما لم يصح الرجوع بعد موت الموصي لانه لا يتصور رجوعه بعد موته ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا ولهذا قلنا ان منافع المغصوب ليست بمضمونة لان المالية لا تسبق
الوجود وبعد الوجود لا تسبق الاحراز لا تبقى والمنافع تتلاشى كما وجدت
فلا تثبت المالية في المنافع حقيقة وتمليكها بالمال يلزم احداث صفة المالية في
المنافع لتحقيق المساواة في عقد المعاوضة فلا تثبت هذه الولاية اعني ولاية احداث
صفة المالية في المنافع الا لمن يملك المنافع تبعا في ضمن ملك الرقبة او لمن يملك المنافع
بعقد المعاوضة كالاجارة فانه يجوز للمستاجر ان يؤاجر العين ويملك منفعتها من غيره اذا
كانت العين مما لا يختلف باختلاف المستعمل حيث يكون مملكا للمنفعة بالصفة التي تملكها فاما من
تملك المنافع بغير عوض مقصود اصلا لا في ضمن شيء اخر فلم يثبت فيها معنى المالية بالتبعية
كما في الوصية لا يجوز له ان يملكها بعوض الاجارة لانه يكون مملكا اكثر مما ملكه معنى قوله قوله
وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج

لل

اليه اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث يعني اذا اوصى رجل من اهل الكوفة بخدمة
عبده لزيد مثلا فهل له بد ان يخرج العبد من الكوفة الى موضع اخر ليستخدمه فيه
الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فحينئذ يكون له ان يخرجه لان تنفيذ الوصية
على حسب ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في مصر الموصي فمقصود
الموصي ان يخدمه العبد في المصر بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كان في
غير مصر الموصي فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمه عندهم وهذا هو المعلوم
بدلالة الحال ولو انه شرط ان يخدمه عند اهله بالافصاح كان للموصى له ان
يخرجه الى اهله فكذا اذا علم عند اهله بالدلالة لان الثابت بالدلالة كالثابت
صريحا قوله كان اوصى اي كان الموصى له واهله في مصر الموصي قوله في غير
مصر الصحيح راجع الى الموصي ايضا قوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره
يجوز ايضا اي كما يجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز الوصية بغلة العبد
وغلة الدار وذلك لان الغلة بدل المنفعة فلما جاز الوصية بالمنفعة جاز الوصية
ببدلها ايضا فاذا اوصى بغلة العبد سنة ولم يكن له مال غيره يستغل العبد سنة ثم يقسم
اثلاثا لان الغلة تحتمل القسمة لانها عين ما دراهم او دنانير وليس كالخدمة لان الخدمة
لا يمكن جمعها لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا تجتمع في وقت واحد فلم يكن قسمتها
بالاجزاء فلم يكن بد من المهايأة بخدمة الورثة يومين والموصى له يوما فاما الغلة فيمكن
جمعها وقسمتها بالاجزاء فكان للموصى له غلة تلك السنة قوله فكان الجواز اول
اي كان الايصاء بالغلة اقرب الى الجواز من الايصاء بالخدمة لان الخدمة منفعة محضة
ليست فيها شائبة العينية ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن ابي ليلى فاذا جاز الايصاء
بالخدمة جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاول لانها عبارة عن مال عين وهي الدراهم او
الدنانير قوله فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل

ملتها لم يكن له ذلك يعني اذا اراد الموصى له بغلة الدار قسمة الدار حتى يستغل ثلث الدار
بنفسه لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي وجه ذلك ان الموصى له بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكان
للشريك ان يطالب صاحبه بالقسمة ليكون هو الذي يستغل بنفسه فكان للموصى له
ذلك ونحن نقول القسمة تبتنى على حق الموصى له لانه ليس له ان يطالب القسمة فيما ليس له
فيه حق ولا حق للموصى له في عين الدار وانما حقه في الغلة بنفسها فكان حقه في قسمة الغلة
لا في قسمة الدار لانه لا حق له في عين الدار **قوله** ولو اوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته
وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ووقع في نسخ
الهداية والخدمة عليها اي على رقبة العبد ووقع في نسخ شرح الكافي والخدمة كلها وذلك
لان الموصي اوجب لكل واحد من الموصى لهما شيئا معلوما وخص كل واحد منهما بشيء لاحدهما
الخدمة وللآخر الرقبة فكان لكل واحد منهما ما اوصى له لانه ميز وصيتيهما بعطف
احدى الوصيتين على الاخرى بقوله اوصيت لهذا بخدمته ولهذا برقبته لا بحكم المشاركة
معتبر هذه الحالة اعني ما اذا اوصى بخدمة ورقبة بحالة الانفراد وهي ما اذا اوصى
بخدمة دون رقبة بان اوصى بخدمة العبد لانسان ولم يوص برقبته تكون الخدمة
للموصى له والرقبة للورثة فكذلك اذا اوصى برقبته لانسان آخر تكون الرقبة للموصى له
بالرقبة خاصة لان الوصية اخت الميراث من حيث ان كل واحد منهما يثبت الملك بعد
الموت **قوله** ولها نظائر اي ولهذه المسائل نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في
بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة
لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى سواء كان الكلام متصلا او منقطعا
عند ابي يوسف في قول محمد الجواب في خدمة العبد كذلك واما في الجارية والخاتم تكون
الجارية والخاتم للذي اوصى والولد من الموصى له بالجارية ومن الموصى له بالولد نصفين وكذلك

الفص

١٣٩

الفص والقوصرة والجلال ذكره في اكثر شروح الزيادات ولم يذكر فخر الاسلام
في شرح زياداته ولا في اصوله لا ان ابا يوسف لم يثبت خلافه في ظاهر الرواية وانما علم
خلافه من رواية الامالي لكن ذكر التمرتاشي في مختصره وجه قول ابي يوسف ان مراده
بالايجاب الاول ايجاب الامة وحدها دون ولدها للموصى له بالامة بدليل الايجاب الثاني
وان كان الكلام مفصولا لان الآية الوصية لا توجب شيئا في حال حياة الموصي
عليه فكان الكلام المتصل والمنفصل سواء في كونه بيانا كما في الوصية بالرقبة والخدمة
فانه في المتصل والمنفصل سواء وجه قول محمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص
جميعا واسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان
العام يوجب الحكم كالخاص فقد اجتمع اذن في الفص وصيتان فيكون بينهما ولا يكون
ايجاب الوصية الثاني رجوعا عن الوصية كما لو اوصى بالخاتم الثاني لا يكون ذلك
رجوعا عن الاول بل يكون بينهما فلهذا يعد اختلاف الخدمة مع الرقبة بان اوصى
برقبة العبد لانسان وبخدمته لآخر يكون ذلك كما اوصى ولا يكون الخدمة
مشتركة بينهما لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن انما يستخدمه الموصى
له بالرقبة لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا اوصى بالخدمة
لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق في الخدمة فكان الموصى له احق بالخدمة هذا اذا
كان الكلام موصولا لانه بمنزلة دليل التخصيص والاستثناء وذلك
بيان مغير فيصح بشرط الوصل فكانت الحلقة لصاحب الخاتم والفص لصاحبه
واو ذكر الفص اولا ثم سوى الاوصياء في ذلك الوصايا ما وفاه فان قيل الذي
اوصى له بالخاتم فقد اوصى له بالفص ايضا لان الفص من الخاتم فلم لا يكون الفص بينهما
نصفين قيل له لان صاحب الفص وصيته بالفص مقصودا له ووصية الآخر

علی دخول التبع فصار وصیة صاحب العتق اقوی لانه متقوم بذاته فوجب ان یکون هو اولی
لان فی الوصایا یعتبر الاقوی فالاقوی ولهذا کان العتق الموقع فی المرض اقوی من سایر
الوصایا وقال ابو اللیث وبیان قول محمد کل شیء لا یحتمل الاستثناء یکون التابع للذی
اوصی وکل شیء یحتمل الاستثناء یکون التابع منهما نصفین والخدمة لا یحتمل الاستثناء
لانه لو قال اوصیت بهذا العبد لفلان الا خدمته کانت الوصیة جائزة والاستثناء
باطلا وفی الخاتم والجاریة جاز الاستثناء لانه لو قال اوصیت بهذه الجاریة الا ما فی
بطنها او بهذا الخاتم الا فصه جاز الاستثناء فاذا کان الاصل هذا فاذا
اوصی بعبد لرجل ثم اراد استثناء الخدمة لا یجوز وانما تملک الخدمة من یملک رقبته
فلما اوصی بالخدمة لاخر لم یصح فی الخدمة الا وصیة واحدة فوجب ان یکون الخدمة
کلها لصاحب الخدمة واما الجاریة لما اوصی بها لرجل فلو استثنی ما فی بطنها جاز الاستثناء
فلما لم یستثن صار کانه اوصی له بالجاریة وبما فی بطنها فلما اوصی بما فی بطنها للاخر فقد
اجتمع فیما فی البطن وصیتان فوجب ان یکون بینهما نصفین ولذلک الخاتم لو
استثنی الفص کان جائزا فلما لم یستثن صار کانه اوصی له بالخاتم والفص فلما اوصی
بالفص لاخر فقد اجتمع فی الفص وصیتان فیصیر الفص بینهما نصفین
اوصی بامة لرجل وبما فی بطنها لاخر قال الامام الاسبیجابی فی شرح الطحاوی
اوصی بالجاریة لانسان وبما فی بطنها لاخر فانه یجوز الا اذا ولدت لاکثر من ستة
اشهر بعد موت الموصی او لستة اشهر فحینئذ لا یجوز الوصیة فی الولد ویکون کلاهما
للموصی له بالجاریة **قوله** اذا فصل احد الایجابین عن الاخر والمراد من الفصل
ان یکون الایجابان بدفعتین نص علیه صدر الشریعة ابو اللیث فی کتاب الوصایا **قوله**
وکذا فی اخواتها ای اخوات مسئلة الوصیة بالامة لرجل وبما فی بطنها لاخر والمراد
باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة

مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة
السیف والحلیة والبستان والثمر مثل ذلک والارض والنخل مثل ذلک
وکل شیء یشبه هذا مما یکون الاسم فی الوصیة تابعا فالوصیة الثانیة بمنزلة
الاستثناء اما الکرخی فی مختصره ولیس بداخل وصیة العبد مع الخدمة فی
الاخوات وقد مر بیان ذلک **قوله** فان ومن اوصی لاخر بثمرة بستانه ثم مات
وفیه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانی ابدا فله هذه
الثمرة وثمرته فیما یستقبل ما عاش وان اوصی له بغلة بستانه فله الغلة القائمة
وغلته فیما یستقبل ای بان فی الجامع الصغیر والفرق بین الغلة والثمرة فی
ان الغلة تتناول الموجود والحادث جمیعا سواء ذکر لفظ الابد او لم یذکر والثمرة
تتناول الموجود لا الحادث الا اذا ذکر الابد فحینئذ تتناول الحادث ایضا
هو ان اسم الغلة حقیقة للموجود والحادث جمیعا لان الغلة لما یکون شیئا بعد
شیء یقال غلة الدار وغلة الحانوت ویراد به ذلک وعند الاطلاق ینصرف
الی الموجود والحادث القائم وقت الموت والثمرة عند الاطلاق تتناول الموجود
ولا تتناول غیره الا بدلیل فاذا قال ابدا او ما عاش علمنا انه اراد به الموجود
والحادث جمیعا فینصرف الیهما وقال الفقیه ابو اللیث رحمه الله وان اوصی
بثمرة بستانه وفی البستان ثمرة فله الغلة للموجود وما یحدث لان الغلة
اسم عام والثمرة اسم خاص لان اسم الغلة یقع علی الثمرة وعلی غیرها فمتی اخرج الکلام
مخرج العموم انصرفت الی الموجود وما یحدث واما اذا سمی الثمرة فان الثمرة اسم خاص
فانصرفت الوصیة الی الثمرة الخاص وهو الثمر الموجود فان لم یکن فی البستان ثمرة
وقت الموت فان فی القیاس لا شیء له وفی الاستحسان له ثمرة البستان فی المستانف
ابدا اما وجه القیاس فان الثمرة لما کان اسما خاصا لا یقع علی المستانف الا ان یسمی

ولیس هذا کالغلة اذا اوصی بغلة بستانه ولیس فیه ... فان الغلة ... یقع الثمر وغلة ...

واما وجه الاستحسان لو لم يدخل فيه ثمرة البستان بطل كلام الموصي ولو دخل فيه
صح كلامه والكلام اذا احتمل الصحة والفساد يحمل على الصحة كما قالوا فيمن اوصى لولد
فلان وليس له ولد جازت الوصية لولد ولده فكذلك هنا قول قال ومن اوصى
لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد
وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال
ابدا او لم يقل اذ قال في الجامع الصغير والفرق بين هذه المسئلة حيث لا
يتناول الحادث وان ذكر الابد وبين ما تقدم من الوصية بثمرة البستان
اذا ذكر الابد يقع على الحادث ايضا ولذلك الوصية بالغلة يقع على الحادث ايضا
ذكر الابد او لم يذكر هو ان القياس يأبى تمليك المعدوم من هذه الاشيا لان
المعدوم لا يقبل التمليك والحادث منها يتولد من اصل مملوك للوارث فيكون له
الا ان استحقاق الغلة المعدومة والثمرة المعدومة جاز شرعا بعقد من
العقود كالاجارة والمعاملة فجاز استحقاقها بالوصية ايضا لان باب
الوصية اوسع من غيرها فاما الصوف المعدوم واللبن والولد المعدوم فلا يجوز
استحقاقها اصلا بعقد ما فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا فاما
الموجود من هذه الاشيا يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع
مقصودا فجاز بعقد الوصايا ايضا وقال الفقيه ابو الليث في شرح كتاب الوصايا
ولو اوصى بالصوف الذي يحدث بعد موته فانه لا يجوز ولكن الصوف واللبن بمنزلة
الثمرة فانه قال هذا والغلة في القياس سوا ولكني استحسن وادع القياس
فيه ثم قال الفقيه ولم يبين جواب القياس كيف هو فاحتمل ان في القياس الغلة
والصوف سوا ان الوصية لا يجوز فيما يحدث بعد موته واحتمل ان في القياس
يجوز الوصية فيهما جميعا فاما وجه القياس ان الوصية لا يجوز فيما حدث بعد

بعد الموت في هذه الاشيا كلها لانه لما مات صار ملكه لورثته فقد حدث
الغلة والصوف على ملك الورثة وصارت الوصية في ملك غيره والوصية في ملك
غيره باطل واما القياس الذي نقول يجوز في ذلك كله لان الورثة قد ملكوا ذلك
المال مشغولا بحق الوصية فلو انه جعل رقبة البستان او رقبة الغنم للموصى له
جاز ذلك اذا خرج من الثلث كذلك اذا اوصى بما تولد منه جاز ذلك واما
في الاستحسان يقال اذا اوصى بالغلة او الثمرة جازت الوصية فيما يحدث بعد
موته ولا يجوز في الصوف واللبن والولد الا ان يكون موجودا وقت الموت لان
الوصية بالثمرة والغلة لها نظير من العقود في الحكم واما اللبن والصوف فلا
نظير لها من العقود في الحكم الا ترى ان المعاملة يجوز في الثمر الذي يحدث في
المستانف ولا يجوز في الصوف واللبن والولد فكذلك الوصية والحاصل هنا ما
قاله الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فقال واذا اوصى بغلة بستانه
او بغلة عبده هذا على ثلثة اوجه في وجه الوصية يقع على الموجود ولا يقع
على الحادث سوا ذكر الموصي لفظ الابد او لم يذكر وفي وجه ان ذكر الابد يقع على
الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد ينظر ان كان الثمر موجودا
يقتصر على ذلك الموجود وان لم يكن موجودا يقع على المستحدث وصار
هذا كما لو ذكر الابد اما الوجه الاول فهو ان يوصي له بما في بطن دابته او بما
في بطن جاريته او بما في ضرع غنمه او بقرته او بما على ظهر غنمه من الصوف
هذا كله يقع على الموجود ان كان وقت الموت موجودا جازت الوصية وان كان
وقت الموت معدوما بطلت الوصية ولا يقع على الحادث واما الوجه الذي يقع على
الحادث والموجود جميعا ذكر الابد او لم يذكر فهو كما اذا اوصى بغلة بستانه
او بغلة ارضه او بغلة اشجاره او بغلة عبده او بسكنى داره او بخدمة عبده فهذا

كما يقع على الحادث والموجود جميعا ويقع ذلك على الابد ويكون الغلة والخدمة
والسكنى للموصى له ما دام حيا فاذا مات الموصى له لا يكون موروثا عنه ويبطل
وصيته ويعود ذلك الى ورثة الموصي ويعتبر هنا خروج البستان وخروج
الدار والعبد من الثلث فان كان يخرج من الثلث كان له غلته وخدمته وسكناه
وان كان لا يخرج فبقدر ما يخرج يكون له غلته وخدمته وسكناه واما الوجه
الثالث فهو ما اذا اوصى بثمرة بستانه او بثمرة ارضه فهنا ان ذكر لفظ الابد
وقع على الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد فان كان هناك ثمرة موجودة
فانه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وان لم يكن هناك ثمرة موجودة فهذا على
ما ذكرنا في الصوف واللبن والولد وفي الاستحسان يقع على الحادث ويصير كما لو ذكر
الابد والموصى له ما دام حيا فما يحدث من الثمار يكون له فاذا مات بطلت وصيته
وعاد الى ورثة الميت والثمار القائمة تكون لهم موروثة عنه كذا في شرح الطحاوي
قوله واحتاة اي احتيا الولد المعدوم وهما الصوف المعدوم واللبن المعدوم والله اعلم

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار يلحقون بالمسلمين في احكام المعاملات
بطريق التبعية قوله قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته
ثم مات فهو ميراث اي قال في الجامع الصغير وهذا قولهم جميعا ولكن على اختلاف
في المذهبين اما عند ابي حنيفة فلما اوقف ارضا في صحته ثم مات يصير ميراثا فلذلك
هذا لان الوقف ليس بلازم في حالة الحياة بخلاف ما اذا كان مضافا الى ما بعد
الموت ولا يحصل هذا كما اذا جعل داره مسجدا وسلمه الى المتولي حيث لا يكون ميراثا
لان المسجد قد خرج من منافع الادميين وصار محررا لله تعالى واما البيعة فلم تخرج

من منافعهم لانه يسكن فيها اساقفتهم ويدفن فيها موتاهم فصار ذلك كالوقف
للمسلمين واما عندهما فانما يورث لان الارصاد لما لا يكون قربة من المسلمين لا يصح فعندهما
لانه معصية فهذا اولى قوله قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث اي قال
في الجامع الصغير يعني ان اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث
وذلك لان الوصية لقوم باعيانهم تمليك والذمي يملك ذلك كما لو اوصى بغير البيعة
والكنيسة واذا صار ملكا لهم يصنعون به ما شاؤا قوله على اعتبار المعنيين
اي معنى الاستخلاف ومعنى التمليك قوله قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم
غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية باطلة اعلم ان الذمي
اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة او بيت نار فان كان لقوم باعيانهم جازت الوصية
بالاتفاق وقد مر بيانه آنفا وان كان لقوم بغير اعيانهم جازت عند ابي
حنيفة خلافا لهما ان هذه وصية بالمعصية فلا يجوز تصحيحها لان في تصحيحها
تقرير المعصية وانه حرام ولابي حنيفة انا امرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر
والخنزير حتى يجوز بيعهم فيما بينهم لانهم يدينون بجواز ذلك وهم يدينون بجواز
الايصاء ببناء البيعة والكنيسة فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم الا ترى ان الذي
الذي هو قربة عندنا يكون الايصاء به باطلا اذا لم يكن ذلك قربة عندهم
بناء على اعتقادهم كما في بيع الخمر والخنزير فيما بينهم لان ذلك جاز في احكامهم
فكذلك هذا ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة فان الذمي اذا بنى
ذلك ثم مات يورث وبين الايصاء ببناء ذلك فانه اذا مات لا يورث هو ان
البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول الملك بالبناء اذا كان محررا لله
تعالى كما في المسجد والكنيسة ليست بمحررة لله تعالى الا ترى ان اساقفتهم ورهبانهم
يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم والمسجد ايضا اذا لم يكن خالصا

لله تعالى يورث كما اذا جعل داره مسجدا او تحته سرداب او فوقه بيت وقد مر
ذلك في كتاب الوقف والوصية سبب لزوال الملك لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت
وانما امتنع ثبوت مقتضى الوصية وهو زوال الملك فيما ليس بقربة عندهم ثم
على اعتقادهم ثبتت الوصية فيما هو قربة عندهم على مقتضاها فزال الملك بالاتفاق
البيعة او الكنيسة فلم يكن ميراثا قال في الزيادات البيعة هاهنا قال مشايخنا هذا
الجواب على قول ابي حنيفة اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى اما اذا اوصى في
الامصار لا ينفذ وصيته لانهم يمنعون عن احداث الكنائس في الامصار **قوله** لانه
وضع الحرف الضمير البارز في لانه والمستتر في وضع والضمير البارز في فيهما
للموصى والمستتر في قوله فقط ذلك راجع الى الوصية بتاويل الايصاء **قوله**
ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام قال في شروح الجامع الصغير وصايا الذمي
على اربعة اقسام الاول ان يوصي بما هو معصية عندنا طاعة في حقهم كالوصية
ببناء البيعة او الكنيسة او بيت نار وهي مسئلة الجامع الصغير فان كانت لقوم
باعيانهم صحت بالاجماع وان كانوا لغير اعيانهم فالمسئلة على الاختلاف الذي
ذكرناه يجوز الوصية عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر بيان ذلك وجعل
صاحب الهداية من هذا القسم ما اذا اوصى بان يذبح الخنازير ويطعم المشركين
والثاني ان اذا اوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء المسجد
للمسلمين والاسراج في المساجد والحج فان كان لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا لهم
وذكر الجهة اي جهة الصرف مشورة اشار بها اليهم فان شاءوا فعلوا وان
شاءوا تركوا وان كانوا لا يحصون لا يصح الوصية لانه لا يمكن تصحيحها تمليكا فبطل
لانها ليست بطاعة عندهم لانهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم بل يعدون
ذلك فيما بينهم استهزاء اي وقعت وصيته اذن على سبيل الهزل والوصية تبطلها

الهزل

الهزل والثالث ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كالوصية بالصدقات
وعتق الرقاب واسراج بيت المقدس وان يغزى الترك او الديلم يصح هذه الوصية
سواء كانت لقوم باعيانهم او لقوم بغير اعيانهم لان الديانة متفقة من الكل
على ذلك لان هذا امر يتقرب به المسلمون واهل الذمة جميعا والرابع ما اذا
اوصى بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنية والنائحات والزانيات
فان اوصى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وان كانت لقوم لا يحصون بطلت
لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن تصحيحه قربة لانها معصية عند الكل **قوله**
وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ذكره تفريعا
على مسئلة الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي في زياداته والذي يعتقد
شيئا من الاهواء التي لا يكفر اهلها اذا كان ينتحل الاسلام فانه مثل المسلم
في الوصايا بالظاهر الاسلام وهم كالمنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم واما
المرتد والمرتدة فانهما كاهل الذمة عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة المرتد
اذا لم يسلم بطل وصاياه واما المرتدة فكالذمية عنه ايضا الا ان محمدا لم
يحفظ النص عنه في موضع الخلاف في هذا الفصل الحافظ فخر الاسلام
وقال شمس الاسلام الاوزجندي في زياداته واما المرتد اذا اوصى بما يجوز من
المسلم يجوز منه عندهما وعند ابي حنيفة موقوف ان اسلم بعد هذا نفذ
تصرفاته واما ما لا يجوز من المسلم ويجوز من الذمي منه باطل اما عندهما فلا
يجوز من الذمي لكونه معصية منه اولى وعند ابي حنيفة لا فائدة في الوقف
لانه ان اسلم بطل لكونه معصية وان قتل بطل واما المرتدة قال محمد وصيتها
جائزة الا فيما تتقرب به الى الله تعالى لقوم بغير اعيانهم فانا لا نحفظ عنه شيئا
يعني تتقرب الى الله تعالى في الدين الذي انتقلت اليه وقياس قوله ان تكون كالذمية

يجوز منها ما يجوز من الذمية وعندهما الصحيح انها كالذمية دون وصيتها في الخمر
والخنزير لا تعرف في قولهما الى ههنا لفظ شمس الاسلام الاوزجندي وهو تلميذ شمس
الائمة الحلواني السرخسي قوله وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة
ولا تقتل فصارت كالذمية في صحة الوصية وقال المرتد لا يصح وصيته بخلاف الذمية
لان الذمية تقر على اعتقادها والمرتدة لا تقر على اعتقادها لانها تجبر على
الاسلام بالحبس قوله قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز
اي قال في الجامع الصغير ومعنى هذا ان امتناع نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث
لحق الورثة ولهذا اذا اجازت الورثة ذلك جاز وليس لورثة الحربي الذين في دار الحرب
حق مرعي عندنا لانهم كالاموات في حقنا ولان ثبوت الحرمة في مال الحربي بسبب
الامان والامان وقع لحقه لا لحق ورثته ومن حقه تنفيذ وصيته لا ابطالها
هذا اذا لم يكن معه ورثته في دار الاسلام فان كان معه وارث لم تجز وصيته فيما
زاد على الثلث الا باجازة الوارث الا ترى الى ما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح السير
الكبير فان كان وارث المستامن معه بامان فنسلم الى وصيته فيما زاد على الثلث
الا باجازة الورثة لان حق ورثته هنا مرعي بسبب الامان لحقه قال فان كان له وارث
اخر في دار الحرب شارك الذي كان حاضرا في ميراثه ولم يكن للموصى له الا الثلث لان
وصيته فيما زاد على الثلث قد بطل لعدم اجازة الورثة فبقي ذلك مردودا عنه
على جميع ورثته قوله ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذ الوصية ورد الباقي
على ورثته في هذه المسئلة مع ما بعدها الى اخر الباب ذكرت على سبيل التفريع وانما
هي من مسئلة الاصل قال في شرح الكافي وذلك مراعاة لحق المستامن ايضا
لا لحق ورثته لان من حقه تسليم ماله الى ورثته اذا فرغ عن حاجته وتنفيذه والزيادة
على مقدار ما اوصى به فارغ عن ذلك قوله ولو اعتق عبده اي اعتق الحربي قوله

لما

لما بينا الاشارة الى قوله لان امتناع الوصية فيما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره
قوله ولو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز اي اوصى للحربي الذي دخل بامان قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذكر في الامالي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف
لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستامن لانه وان كان في دارنا صورة فهو من اهل
دار الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكن من اطالة المقام في دار الاسلام
ووصية من هو من اهل دار الاسلام لمن هو من اهل دار الحرب باطل لان تباين الدارين
قاطع وقطع العصمة والموالاة وبجهة الوصية تبرع بالتمليك ابتداء بعد الموت فيعتبر
بالتبرع في حالة الحياة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستامن فلذا هذا
قوله ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز قال في شرح الكافي ولا
تجوز وصية الذمي باكثر من الثلث لان اهل الذمة التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى
المعاملات فكان الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم
مراعاة لحق ورثته فلذلك لا تجوز من الذمي قال فان اوصى لغير اهل ملته فهو
جائز لانهم اهل ملة واحدة في حكم الارث فكذا في حكم الوصية قوله ولو اوصى
لحربي في دار الاسلام لا يجوز اي لو اوصى ذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لا يجوز
وقوله في دار الاسلام ظرف لقوله اوصى لا لقوله الحربي لان الذمي تجوز وصيته
للمستامن في دار الاسلام وقد مر ذلك قبل هذا قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وان اوصى الذمي لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما
حقيقة وحكما ولهذا لا يجري التوارث بينهما وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا ولو اوصى لاهل الحرب وهو في دار الحرب لا تجوز الوصية في قولهم
جميعا لان المسلم لو اوصى لحربي في دار الحرب فانه لا يجوز فكذلك الذمي لان الذمي
من اهل دارنا ولا يكون بينه وبين الحربي توارث وان كان من اهل ملته فكذلك الوصية

وقال في شرح السير الكبير ووصية المسلم او الذمي لحربي في دار الحرب لا تكون صحيحة
وان اجاز الورثة الا ان يشاؤا ان يهبوا الشيئ من مالهم فيجوز ذلك اذا قبض لان
من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت والله اعلم بالصواب

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي لان كتاب
الوصايا يشملها جميعا وقدم الموصى له لكون الحاجة الناس اليه اكثر وقوعه قوله
قال ومن اوصى الى رجل فقبل الرجل في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لما
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان ردها في وجهه فهو رد قوله اوصى الى رجل
اي جعله وصيا وجملة الكلام فيه ان الوصي لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري
مجرى قبوله لانه متبرع بالتصرف والمتبرع لا يلزمه الانسان الا برضاه والدليل
ان قبول الوصي يصح في حال حيوة الموصي لان تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي فلو وقف
القبول والرد على الموت لم يؤمن ان يموت الموصي ولم يسند وصيته الى احد فيكون
في ذلك اضرار به فلذلك جوز القبول في حال الحيوة ولا يشبه هذا قبول
الموصى له انه لا يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له فلم يسبق
التقديم القبول على الموت واذا ثبت هذا قلنا اذا قبل في حال الحيوة ثم رد بغير حضرته
لم يصح الرد لانه لما قبل الوصية فقد سكن قلب الموصي الى قبوله فلو كان له ان يخرج
نفسه من الوصية بغير حضرته كان ذلك تغريرا بالموصي لانه ربما يموت ولا يدري له
وهذا لا يجوز كما لا يجوز للوكيل ان يعزل نفسه بغير حضرة الموكل واما اذا رد في وجهه
بطلت الوصية لانه متبرع بقبولها والمتبرع ان شاء اقام على التبرع وان شاء رجع
ولان الانسان قد يعقد الوصية ظنا منه انه يقدر ان يقوم بها ثم يعلم انه

لا يتمكن

لا يتمكن من القيام بها فلو لم يجز له الرجوع اضر ذلك بالوصي وبالورثة وهذا لا يجوز
وقولنا في اول الفصل ان الوصية لا يلزم الوصي الا بالقبول او ما يجري مجرى القبول
هو كما اذا مات الموصي قبل قبول الوصي ثم تصرف الوصي بتصرفه بمنزلة قبوله لانها
ثبت من جهة الموصي دون توقف على حق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصله البيع المشروط
فيه الخيار قوله في وجه الموصي اي علمه وقوله في غير وجهه اي بغير علم الموصي قوله
مضى لسبيله اي مات قوله فهو رد اي رد الوصي قوله بخلاف الوكيل بشرا
عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي
قادر على التصرف وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احترازا عن الوكيل بشرا عبد
بعينه لانه لا يملك عزل نفسه عنه الا بغير علم الموكل كما في الوصي لانه يؤدي الى
تغرير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشرا عبد بغير عينه حيث يملك عزل
نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الامر وهذا اذا اشترى عبدا كان للوكيل الا ان ينوي
بوقت الشرا للموكل او يضيف العقد الى دراهم الامر فحينئذ يكون للموكل ومع هذا
فيما اذا وكله بشرا شيئ بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر من الموكل على قول
بعض المشايخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشرا بقوله
ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل
على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت ان ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله
صاحب الهداية يخالف عامة رواية الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشي
لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن
الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشرا شي بعينه لا بشرا شي بغير عينه
ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشرا شي بغير عينه فتوافقت الروايات
جميعا ولم تختلف قوله قال فان ردها في وجهه فهو رد اي قال القدوري في مختصره

وعند صاحب النهاية [illegible]

وقد مر بيانه آنفا **قوله** فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان
شاء قبل وان شاء لم يقبل ذكره على سبيل التصريح وذلك لانه متبرع بالعمل
في حق الغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة وليس فيه تغرير من جهته
ولا ضرر وانما الموصي هو الذي اغتر حين لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا
وقال في شرح الكافي فان ردها في وجه الموصي فقال الموصي ما كان ظني بك هذا فمن يقبل
وصيتي اذ لم تقبل حتى مات الموصي ثم قبل لم يكن وصيه لان رده في وجهه يبطل
الوصاية ولا يملك قبولها بعد ذلك ولو انه ردها في غير وجه الموصي لم يبطلها
بان يسمع ذلك من الناس في ذلك فانه لا يكون وصيا عندنا وقال زفر يكون وصيا
لان رده في غير وجه الموصي انما يتم اذا بلغ الموصي فاذا لم يبلغه حتى قبل صار كان
الرد لم يوجد ولكنا نقول قبل القبول هو ينفرد بالرد في غير وجه الموصي في
حال غيبته فيبطل العقد برده ولا يعتبر القبول بعد ذلك **قوله** فلو انه باع
شيئا من تركته فقد لزمته والقياس ان لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر
كذا قال فخر الدين قاضي خان فان الفقيه ابو الليث في نكت الوصايا ولو ان
الموصي مات ولم يقبل الوصي حتى باع شيئا من تركته كان ذلك قبولا منه
للوصاية لان القبول مرة يكون بالدلالة ومرة يكون بالافصاح الا ترى انه لو باع شيئا
من تركة الميت كان ذلك قبولا منه من طريق الدلالة ثم ان كان الوصي يعلم
بتفويض الميت لا اشكال ان بيعه يكون قبولا فاما اذا لم يعلم يكون قبولا ايضا
منه فان وقد ذكر هكذا في موضع اخر لان الوصي بمنزلة الوارث من وجه لانه يقوم
مقام الميت عند خلافة ومن وجه بمنزلة الوكيل لانه يتصرف بامره
فصار حاله بين حالين فلو كان وارثا من جميع الوجوه لا يبطل بالرد ويثبت
بغير قبول ولو كان وكيلا من جميع الوجوه لا يثبت الا بالقبول فلما كان حاله بين حالين

فلو

فلو كان وارثا من جميع الوجوه لا يثبت الا بالقبول فلما كان حاله بين حالين فنقول
ان لم يقبل يرد اعتبارا بالوكالة فان لم يرد حتى باع شيئا صار بمنزلة الوارث
ويقوم مقامه **قوله** لان ذلك دلالة الالتزام اي بيع الوصي شيئا من التركة
دلالة التزام الوصية فكان بيعه قبولا للوصية دلالة ودليل القبول كصريحه حتى لو باع
شيئا من تركة الميت او اشترى للورثة بعض ما يحتاجون اليه او اقتضى مالا او ادى مالا
لزمته الوصية لوجود دليل القبول والرضا به كالمشروط له الخيار اذا وجد منه ما
يدل على الاجازة او الفسخ كان ذلك بمنزلة التصريح بذلك كذا قال شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي **قوله** بخلاف ما اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ
يعني ان العلم شرط لصحة التوكيل حتى لو باع الوكيل قبل العلم لا ينفذ والعلم بالوصاية
ليس بشرط حتى لو باع الوصي قبل العلم بالوصاية صح وهذه رواية الزيادات وبعض
روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية والفرق بينهما
ان الوصاية خلافة كالوراثة فلا يتوقف على العلم كالوراثة وليست كالعلم والوكالة
انابة فيشترط العلم كما في اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا
يشترط العلم للوكالة ايضا اعتبارا بالوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية
الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان
الرجل عبد لرجل فقال الرجل انطلق واشتر عبدي من فلان لنفسك
فذهب فاشتراه ولم يكن بلغه الخبر وكل البايع بالبيع فان هذا البيع يجوز
ويكون المشتري بالشراء وكالة للبايع بالبيع قال هكذا ذكر هاهنا قال
وذكر في الزيادات وبعض روايات المأذون انه لا يكون اذنا ما لم يعلمه
الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام المذكور في باب ما لا يجوز فيه الوكالة
من شرح الكافي وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الوصي ايضا قبل العلم بالوصاية



اعتبارًا بالوكالة لان كل واحد منهما نيابة لكن الوكالة قبل الموت وهذه بعد الموت
وقد مر تمام البيان في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث وقد
بينا طريق العلم يعني في فصل القضاء بالمواريث يعني ان العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد
حرًا كان او عبدًا عدلًا كان او فاسقًا رجلًا كان او امرأة صبيًا كان او بالغًا
وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقًا وعند ابي حنيفة يشترط العدد
او العدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد العدل وقد
مر ذلك في فصل القضاء بالمواريث **قوله** وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل
ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل قال محمد في الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي الى رجل فيقول بعد موت الموصي
لا اقبل ثم قبل قال هو جائز الا ان يخرجه القاضي عن الوصية بقوله لا اقبل ثم قبل
قال هو جائز الا ان يخرجه القاضي عن الوصية بقوله لا اقبل الى هنا لفظ محمد
وفي قول زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد لانه لما رد فقد بطل التفويض واذا
بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك فكذلك ههنا ولنا ان الوصية لو بطلت
بمجرد قول الوصي لا اقبل يلزم الضرر بالميت لانه مات معتمدًا عليه فلو ابطلت
الوصية برد الوصي لضاعت التركة حيث لم ينصب الميت سواه اعتمادًا عليه والضرر
مدفوع شرعًا فلا يصح الرد واذا لم يصح الرد كان له ان يمضي الوصية الا اذا اخرجه
القاضي عن الوصاية حين قال لا اقبل حيث لا يصح قبوله بعد ذلك لان قضاء
القاضي صح لوقوعه في المجتهد فيه فلما صح القضاء بطلت الوصية فقبوله بعد ذلك
يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح ولان العقد قد تم من جهة الموصي فوجب
للاخر خيار في قبوله وتركه والرد بعضه متردد وقد اعلمه فاذا ترك وجهه
او بعد موته فقد رده وليس ثمة متردد عليه فلم يصح الرد كما لو اشترى شيئا على

انه

انه الخيار ثم رده من غير محضر من البائع فانه لا يجوز لذلك هذا اما اذا
اخرجه القاضي من الوصية فانه قد ابطل العقد باجتهاده في موضع الاجتهاد
فبطل العقد واذا بطل العقد لم يجز قبوله بعد ذلك لانه قبل حين لم يكن
عقد **قوله** وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب هذا جواب سؤال
مقدر بان يقال كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الايصاء بقوله لا اقبل يلزم
الضرر ايضا بالوصي في بقاء الايصاء ولم يرده لانه يعجز عن القيام بذلك فلم
جعلتم ضرر الوصي دون ضرر الميت فلم لا يبطل الايصاء بقوله لا اقبل فقال لما
لم يمكن دفع الضررين جميعا لا بد من ان يتحمل ادنى الضررين لدفع الضرر الاعلى
والاعلى هنا ضرر الميت لان ضرره ليس بمجبور بشيء وضرر الوصي مجبور بالثواب
فيتحمل الادنى لدفع الاعلى وهو المراد من قوله ودفع الاول وهو اعلى اولى من
دفع ادنى الضررين وهو ضرر الميت **قوله** قال ومن اوصى الى عبد او كافر او
فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم اي مكان العدول في مختصر والمراد
منه الوصية الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه تجيء بعد هذا ولفظ
القدوري يشير الى ان الوصية اليهم لا تصح لان الاخراج عن الوصية لا يكون
الا بعد صحة الوصية لان الوصية اذا كانت باطلة اصلا لم يحتج الى اخراجهم
عن الوصية وذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يوصي
الى الذمي قال الوصية باطلة وكذلك ان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى
هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر محمد في الاصل واذا اوصى الى عبد غيره
فالوصية باطلة وان اجاز مولاه وقال في الاصل ايضا واذا اوصى المسلم الى ذمي
او الى حربي مستامن او غير مستامن فهو باطل وقال في الاصل ايضا ولو
اوصى الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة ثم اختلف المشايخ في معنى البطلان

انه باطل اصلا ام معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
وفي شروح الجامع الصغير معناه سيبطل واليه ذهب القدوري وفخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير معناه وعليه عامة المشايخ وقال
بعضهم انه باطل اصلا واليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذلك
لان الوصية ولاية والرق ينافي الولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصي
لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع بها على غيره وكذلك بعد
اجازته لان هذه الاجازة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه
كان عاجزا عن التصرف واما في الوصية الى الكافر فلان في الوصية اثبات الولاية
للذمي على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمي ولا للحربي على المسلم لقوله تعالى ولن
يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا واما في الفاسق فمذهب شمس الائمة
السرخسي ايضا ان الوصية اليه تجوز لكن القاضي يخرجه عن الوصاية لان الولاية
اليه لانتهاء معنى النظر وهذا لان الفاسق من اهل الولاية ولهذا كان من اهل
الارث فيكون اهلا للوصية ايضا ووجه ما ذهب اليه الفقيه وغيره ان العبد
الغير قادر على التصرف حقيقة لان تصرف العبد بالوصية مثل تصرفه
بالوكالة فاذا جاز تصرفه في احدهما جاز في الاخر لان كل واحد منهما نيابة ولكن
لما كانت منافعه مشغولة بحق مولاه وربما يمنعه مولاه بعد ما اذن له في قبول
الوصية كان عاجزا عن انفاذ الوصية فلا يؤمن عليه ان ينقض ولا يستوفي
حقوق الميت فكان للقاضي ان يخرجه ويستبدل به وصيا اخر واما في
الايصاء الى الكافر فقد ذكر محمد في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل اخراج
القاضي جاز ذلك فثبت ان الايصاء اليه صحيح وذلك لان الكافر يجوز ان يتصرف
بالوكالة فجاز ان يتصرف بالوصاية ايضا اصالة للمسلم ولكن القاضي يبطل

وصية

وصيته ويخرجه عن الوصاية لانه لا يؤتمن على المسلم لانه لا يميز بين الحلال
والحرام فيخاف ان يكسب الحرام كما ان المسلم لو وكل ذميا لم يرع له ذلك والمعنى
فيه انه يخاف ان يطعمه الربا فكذلك ههنا فان تصرف قبل ان يخرجه القاضي
كان جائزا لانه تصرف من طريق الاستيثاق واما الفاسق فيخرجه القاضي ليتم النظر
على ما قلنا وقال الشافعي يشترط ان يكون عدلا عند الوصية والا لم تصح الوصية
اليه بدليل انه لا يجوز اقرار على الوصية بكله فتصح الوصية اليه وهذا باطل لانا
اوصى المغيرة لا يقدر على التصرف منفردا **قوله** وهذا اصلح تقديرا في
اخراجه وتبديله بغيره اي كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال الخيانة يصلح
عذرا في اخراج الفاسق عن الوصاية وجعل غيره وصيا مكانه لان الميت انما
اوصى اليه لينظر في ماله واولاده بعده بالحفظ والصيانة وما الخيانة يرتفع الصيانة
فلا يحصل الغرض من الوصاية **قوله** قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي
الورثة كبار لم يصح الوصية اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوارث الكبير
يلي على العبد بدليل انه يملك بيع نصيبه فيستحيل ان يثبت للعبد ولاية
بالوصية ويثبت للوارث الولاية على العبد بالملك فلذلك لم يصح الوصية اليه
واما اذا كان الورثة كلهم صغارا فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة خلافا
لهما قال صاحب الهداية وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي
حنيفة ومرة مع ابي يوسف ولنا في هذا القيل نظر لان الكتاب
الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع ابي يوسف
بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره والحاكم الشهيد في مختصر
الكافي وابي الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا على ان محمدا

نص في الاصل على ذلك فقال واذا اوصى لعبده فان الوصية اليه جائزة في قول
ابي حنيفة وفيه قول اخر قول ابي يوسف ومحمد انه لا يجوز الى عبده ارايت
لو كبر الصغار اما كان لهم ان يبيعوه الى هنا لفظ الاصل وقول الشافعي
كقولهما كذا في شرح الاقطع وقال شمس الائمة في شرح الكافي قول ابي حنيفة
هو الاستحسان وقولهما هو القياس وجه قولهما ان الرق الذي ينافي الولاية
قائم في عبد نفسه كما في عبد غيره ولانه مملوك للورثة وهم الصغار والمملوك
لا يلي على مولاه ولان تصرف الوصي من طريق الولاية والعبد ليس من اهل
الولايات وجه قول ابي حنيفة ان الصغار من الورثة وان كانوا يملكون رقبة
العبد فله ان يكون التصرف فيه حتى لا يملكون بيعه لجاز اثبات الولاية للعبد
في حقوقهم بخلاف ما اذا كان فيهم كبير وبخلاف عبد الغير لان لمولاه
ان يمنعه ويحجر عليه نصا وسولتنا [illegible] فلم يجز له ان يتصرف في حق [illegible] قال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما استحسن ابو حنيفة هذا لما
فيه من توفير المنفعة على الميت وعلى ورثته فان من في عياله واحسن التربية
فالظاهر ان شفقته على الصغار من اولاده بعد موته اكثر من شفقته الاجنبي
ولهذا اختاره للوصية واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل
فاذا كانوا صغارا فالقاضي يلي بيعه اذا راى ذلك فيبطل ولاية القاضي
على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم
قوله ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيها لانه
لا يملك بيع رقبته معناه ان ولاية الاب مثل ولاية الموصي للحر وولاية الوصي
مستفادة من جهة الموصي ثم ولاية الموصي وهو الاب ليست بمتجزية حتى لا
يقال ان ولايته في البعض دون البعض وولاية العبد متجزية لانه لا يملك بيع

التركات

التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفي
اعتبار هذه تجزيها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى ولهذا روى الحسن
عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى اي في اعتبار هذه الوصية وهي الوصية الى عبد
نفسه والورثة صغار تجزية الولاية وفيها تجزية الوصاية ايضا لان العبد لا
يلي بيع نفسه ولا يكون وصيا في بيع نفسه قوله وله انه مخاطب مستبد
بالتصرف احترز بالمخاطب عن الصبي والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم
الخطاب واحترز بالمستبد عن الايصاء الى عبد الغير لانه لا استبداد
له في التصرف وعن عبد نفسه ايضا اذا كان في الورثة كبير لان للكبير ان
يحجر ويبيع نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد قوله وصار كالمكاتب وصار
الايصاء الى العبد الغير كالايصاء الى المكاتب فكذا يجوز ولذا هذا قوله
والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة هذا جواب بسبيل
المنع عن قوله وفي اعتبار هذه تجزيها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى
ولهذا روى الحسن عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى
الاخر في قضاء الدين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة ولئن سلمنا
ان الوصاية لا تتجزى على ما هو الظاهر عن ابي حنيفة حيث يكون كل واحد منهما
وصيا في العين والدين جميعا فنقول لا نصير الى التجزي الايصاء كيلا يبطل اصل
الايصاء لانا لو لم نجوز التجزي يبطل الايصاء اصلا وفيه الغاء كلام العاقل ولا يجوز
الالغاء ما امكن ونعتبر وصف الايصاء اولى من نعتبر اصل الايصاء لانه يعتبر
الوصف احق قوله فان كان عاجزا عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره اي ان كان
العبد ولكن محتضرا وذلك لان الورثة لا ينتفعون به واخراجه من الوصية لا
يجوز لانه عين منه ثم اذا كان يعجز لا نفقة فلزم القاضي ان يقوي تصرفه ويكمله

ونصب الله غيره واما اذا كان قادرا على التصرف وثقة هاهنا بالوصية وهو من
اهل الولاية فليس للقاضي الاعتراض عليه لانه اذ اقام غيره مقامه اقام من هو في
مثل صفته فاذا استويا فمرضية الميت اولى **قوله** ولو شكا اليه الوصي ذلك لا
يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة اي لو شكا الى القاضي الوصي عجزه لا يجيبه القاضي
حتى يعرف العجز من الوصي حقيقة ذكره تفريعا مسئلة المختصر قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي وان كان الوصي هو الذي شكا الى القاضي عجزه عن التصرف فعلى
القاضي ان ينظر في ذلك فان علم عدالته وعجزه عن الاستبداد ضم اليه غيره
لانه لو لم يفعل ذلك فاما ان يتضرر الوصي بالعجز عن التصرف في حقوق نفسه
او يترك التصرف في حوائج الموصي فيمكن الخلل في مقصوده ويرتفع هذا الخلل
بضم غيره اليه وان ظهر عنده عجزه عن القيام بالوصية استبدل به لانه مامور
بالنظر من الجانبين ولو ظهر عند الموصي في حيوته عجزه استبدل فكذلك الذي
قام مقامه في النظر وهو القاضي **قوله** ولهذا قدم على اب الميت اي ولاجل
ان وصي الميت مختار الميت قدم على اب الميت في التصرف فبالطريق الاولى ان
يقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير اب الميت **قوله** قال واذا شكا الورثة
او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة وهذه
المسئلة ذكرت تفريعا وذلك لان الموصي اختاره ورضي به والشاكي قد يكون ظالما
في شكواه فما لم يتبين خيانته لا يحتاج القاضي الى النيابة في النظر له والاستبدال به
فان علم منه خيانة عزله عن الوصية لان الموصي اعتمد امانته حين اختاره فلو
كان علم خيانته عزله ظاهرا والقاضي قائم مقام الميت نظرا له فيعزله لظهور
خيانته قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره والاوصياء للاحرار البالغين على
ثلثة مراتب فوصي مامون على ما اوصي اليه مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم ان

يعترض

يعترض عليه ووصي مامون غير مضطلع بالقيام به فالحاكم يعينه ووصي مخوف
على ما اوصي اليه فيخرجه الحاكم من الوصية ويقيم فيها من يوثق عليها ويضطلع بالقيام
بها والاصل في ذلك ان الوصي منصوب لحفظ مال اليتيم والاحتياط للصغار قال
تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقال وان تقوموا لليتامى بالقسط
وقال تعالى ويسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير فاذا كان الوصي مضطلعا بها
مؤتمنا عليها لم يعترض له الحاكم لان الميت قد اوصى اليه ورضيه للقيام بامره فلا
يزال عنها الا بسبب يوجبه وان كان مامونا غير مضطلع للقيام بها ايده
بغيره لئلا يقع عليه غبن فيما يتصرف فيه ولا يجري على يده تضييع فيما يتصرف
وان كان مخوفا عليها اخرجه الحاكم واقام فيها من يوثق عليه لان الحاكم منصوب
لحفظ اموال الناس وحقوقهم لاسيما الاموات والصغار منهم فاذا كان في
الوصي الخيانة اخرجه من الوصية واسندها الى غيره **قوله** قال ومن اوصى
الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه اي قال
القدوري في مختصره ثم بعد لفظه ومن اوصى الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في شري كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار
وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه
والخصومة في حقوق الميت الى هنا لفظ المختصر وعند ابي يوسف لكل واحد
منهما ان يتصرف في المال بدون صاحبه وقال الكرخي في مختصره وقال ابن رستم
قال محمد قال ابو حنيفة يجوز فعل احد الوصيين في خمسة اشياء شري الكفن
والطعام وتنفيذ الوصية وشري الكفن وتقاضي الدين ويكون خصما عن الميت
في هذه الخمسة الاشياء يجوز فعله فيها وحده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز
فعل احدهما في جميع الاشياء كلها الى هنا لفظ الكرخي وقال ابو جعفر الطحاوي في

في مختصره وليس لاحد الوصيين ان يشتري للورثة اذا كانوا صغارا الا الكسوة
والطعام وليس له ان يشتري خادما ان احتاجوا اليها الا بامر صاحبه في قول
ابي حنيفة قال ابو جعفر وقال محمد بن الحسن في نوادره ليس لاحدهما ان يفعل شيئا
دون صاحبه الا في ستة اشياء فانها تجوز له دون امر صاحبه وهي شرى كفن
الميت وقضاء دينه وانفاذ وصيته فيما اوصى به من صدقة او نحوها او شيء لرجل
كان له بعينه في يد الميت يدفعه اليه وفي الخصومة فيما يدعى على الميت وفي الخصومة
فيما يدعى للميت من الحقوق قبل الناس فاما غير ذلك من شرى او بيع فانه لا
يجوز له دون صاحبه وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ولم يذكر
شرى الكسوة والطعام في هذه الرواية وهو مما يجوز لاحدهما ان يفعله في قولهم
جميعا وليس ما ذكره من النوادر مخالفا لما في الاصول وانما هو تفسير لما
اجمل ذكره في الاصول وقال في المختلف اذا اوصى الى رجلين ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف في قول ابي يوسف وقالا لا ينفرد الا في سبعة اشياء شرى الكفن
وقضاء الدين من العين وتنفيذ الوصية في عين ورد الوديعة وشرى الطعام
والكسوة للصغير والخصومة وقبول الهبة وحاصله ما قالوا في شرح الجامع
الصغير ان احد الوصيين لا ينفرد بالوصية فيما هو من باب الولاية عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد واجمعوا ان ما ليس من باب الولاية انه ينفرد
كل واحد منهما وذلك مثل شرى ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة وبيع
ما يخشى عليه التوى والتلف لانه من باب الضرورة ولهذا تملكه الام ومثل شرى
الكفن لانه ضروري لا يتوقف على الولاية الا ترى ان الام تملكه وكذا الرفقاء اذا مات رجل
في محلة قوم ومعه مال فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية ولانه
ربما يكون احد الوصيين غائبا فلو لم يجز شرى احدهما دخل في ذلك ضرر وفساد

وكذلك

وكذلك شرى الكسوة والطعام للصغار يجوز للبلوى كذا قال الفقيه ابو الليث
في مختلف الرواية في كتاب نكت الوصايا ومثل قضاء الدين لان من له الدين يملك
اخذه فليس التسليم من الولاية في شيء وكذلك تسليم الودائع وكذلك رد المغصوب
لان من له الحق يملكه ايضا وجمع الاموال الضائعة المتفرقة ينفرد به احدهما
لانه ليس من باب الولاية الا ترى ان الجيران يفعلون ذلك وكذلك الخصومة
ينفرد بها احدهما كاحد الوكيلين بالخصومة ينفرد بها احدهما فاحد الوصيين
اولى لان ولاية الوصي اعم وهذا لان للوصي ان يوصي الى غيره بخلاف الوكيل
ليس له ان يوكل غيره وكذلك بيع ما يتسارع اليه الفساد لانه من باب الضرورة
وكذلك رد المبيع الفاسد على هذا وكذلك تنفيذ الوصية بشيء بعينه اذا كان
يخرج من الثلث فللموصى له ان ياخذه فكذلك لاحدهما ان يعينه على ذلك بالتسليم
قال في شرح الطحاوي وكذا ان لاحدهما ان ينفذ الوصايا المعينة او ينفذ
الوصية من جنس ذلك المال الذي اوصى به نحو ما اذا اوصى بدراهم لرجل فادى
احدهما تلك الوصية من الدراهم او كان ثيابا فادى من جنس تلك الثياب
من حيث انه لا يحتاج الى التصرف فانه يجوز اداؤه فاما اذا احتاج الى بيع
شيء حتى يؤدي من ثمنه الوصية فان ذلك البيع لا يجوز الا باذن صاحبه كذا
ذكر الامام الاسبيجابي وكذلك اعتاق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي
والتدبير فاما ما سوى ذلك من البيع والرهن والاجارة والهبة وما اشبه
ذلك فعلى الاختلاف وكذلك الاقتضاء وهو القبض والاقتضاء من باب
الولاية فلا ينفرد به احدهما وفسر الكرخي في مختصره التقاضي بالقبض
احتج ابو يوسف بان الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا
ثبتت لكل واحد منهما على الانفراد كالاخوين في باب الانكاح فكذلك

اذا ثبت شرطا لحق به وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي وسبب مثل السبب
في حق كل واحد منهما فيثبت الحكم لكل واحد منهما بخلاف الوكيلين فان الوكالة
انابة وانما جعلها بانيين عنه في التصرف فلا تثبت الولاية لكل واحد منهما
بانفراده وبيان الوصف ان ثبوت حق التصرف للوصي لا يكون الا بوجود ولاية
ولاية الموصي والانابة تستدعي قيام ولاية المنوب عنه وتبطل بسقوط
ولايته كالوكالة فان الولاية بطريق الخلافة تستدعي سقوط ولاية من هو
اصل لتصير الخلف قائما مقامه كالجد مع الاب واحتج ابو حنيفة ومحمد بان الموصي
انما اثبت الولاية لهما جملة فصارت الولاية مقيدة بشرط اجتماع رايهما وذلك
شرط مفيد ولم تثبت بدون ذلك الشرط ولان سبب هذه الولاية
التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض وانما فوض اليهما حق التصرف فكل واحد
منهما في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم
الاخوين فان السبب هناك الاخوة وهو سبب كامل في حق كل واحد منهما بوجه اخر
ولاية التصرف للوصي بعد موت الموصي باعتبار اختيار الموصي ورضاه به وانما هو
رضي براي المثنى وراي الواحد لا يكون كراي المثنى ومقصود توفير المنفعة عليه
وعلى ورثته وذلك عند اجتماع رايهما اظهر فاشبه من هذا الوجه الوكالة
قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وكان العلماء لا يجوز تصرف احدهما
دون الاخر في الاشيا المعدودة نظرا للمعنى الذي ذكرنا الا انهما استحسنا
فيها في بعضها لاجل الضرورة وفي بعضها لانه لا يحتاج الى التدبير وقال الفقيه ابو الليث
ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وذكر عن ابي القاسم الصفار وهو احمد بن حم انه كان
يقول هذا الاختلاف في الذي اوصى اليهما جميعا فاما اذا اوصى الى هذا بكماله
والى هذا على حدة فلكل واحد منهما ان يتصرف وحده دون صاحبه في قولهم جميعا

فاما

فاما اذا اوصى الى هذا على حدة والى هذا على حدة فلكل واحد منهما ان يتصرف
وحده دون صاحبه في قولهم جميعا قال الفقيه وبهذا القول ناخذ ثم قال وذكر
عن الشيخ ابي بكر الاسكاف انه كان يقول الاختلاف في الفصلين واما وكان
ابو موسى الرازي يقول هكذا وكان يستدل بمسألة في كتاب الشهادات ان
جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا ثم انهما فان اوصى كل واحد منهما الاخر
الى رجل ثم ماتا جميعا فليس لاحد الوصيين ان يتصرف دون الاخر في قول ابي حنيفة
ومحمد وفي قول ابي يوسف يجوز فقد ذكر ههنا المسألة الاختلاف وان اوصى كل
واحد منهما الى رجل على حدة قال فلذلك في هذه المسألة ثم قال الفقيه ابو الليث
وكان الفقيه الجليل ابو جعفر يقول يجوز ان يقال انه اذا اوصى اليهما جميعا لا
يجوز لاحدهما ان يتصرف دون الاخر في قولهم جميعا وانما الاختلاف في الذي
اوصى الى كل واحد منهما على حدة ثم قال ابو الليث ولكن القول الذي قاله ابو القسم
الصفار احب عندي وهو انه اذا اوصى الى كل واحد منهما على حدة جاز لكل واحد
منهما ان يتصرف في قولهم جميعا لان كل واحد منهما صار وصيا تاما لانه قد
رضي براي كل واحد منهما الا ترى انه لو وكل وكيلين كل واحد منهما على حدة
بالبيع والشرا او بالنكاح جاز لكل واحد منهما ان يتصرف في قولهم جميعا
لان كل واحد منهما فلذلك ههنا وانا الذي قاله ابو بكر الاسكاف فهو ان
وصايتهما على حدة او جميعا معنى سوا لانه تثبت وصايتهما عند الموت
لان الرجل ما لم يمت لا يصير واحد منهما وصيا فاذا ثبت انهما صارا وصيين
في حالة واحدة صارت الوصاية في حالة واحدة وفي حالين سواء كما لو هذا الوصايا قوله
اذ هو شرط مفيد اي وصف الاجتماع شرط مفيد قوله من الاول وفي حقنا على ما حسبه
اذ الانكاح او في اصل الاخرين حقا واجبا على صاحبه وفي الثاني اي في الوصاية

استوى فى احد الوصيين حقا لصاحبه فيصح الاول دون الثانى لانه الذى اذا كان
على الرجلين فادى احدهما ما على الآخر صح وان كان الذى للرجلين فاستوفى احدهما
نصيب الآخر لا يصح **قوله** ولهذا يملك الجيران اى ولاجل ان فى تأخير شراء الكفن فساد
الميت يملك الجيران التكفين **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطفا على قوله
فى شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء
فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه
وصية بعينها التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر **قوله** والمراد
بالقاضى الامضاء اى القبض **قوله** ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد
كل واحد منهما بالتصرف وهو قول ابى القاسم الصفار واليه ذهب الفقيه ابو
الليث وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو قول ابى بكر الاسكاف وبه نأخذ قبل
هذا **قوله** فان مات احدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر ذكره بسبيل التفريع
على مسئلة المختصر اى اذا مات احد الوصيين جعل القاضى مكانه وصيا آخر اما
عندهما فظاهر لان احد الوصيين لا ينفرد بالتصرف عندهما فيما سوى الاشياء
المعدودة فكان الآخر عاجزا عن التفرد بالتصرف فالقاضى قائم مقام الميت
فى النظر لعجزه فيضم الى الحى وصيا آخر نظرا للميت واما عند ابى يوسف
وان كان احد الوصيين ينفرد بالتصرف فى كل الاشياء فيضم القاضى الى الحى وصيا
آخر لان مقصود الميت كان ان يخلفه اثنان فى التصرف فتحقق مقصوده
ثم وصى احد الاثنين يمكن فيضمه القاضى اليه **قوله** ولو ان الحى اوصى الى الحى فللحى
ان يتصرف وحده فى ظاهر الرواية ذكره بسبيل التفريع ايضا وذلك لان راى
الميت باق حكما برأى من يخلفه فصار كما لو اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج
//

القاضى

القاضى الى نصب وصى آخر وقال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وروى الحسن
عن ابى حنيفة ان الحى لا ينفرد بالتصرف هنا لان الموصى ما رضى برأيه وحده
ولا يكون الوصيان برضاهما يعلم ان الموصى لم يرض به بخلاف ما اوصى الى غيره قال الفقيه
ابو الليث رحمه الله اذا كانا وصيين فمات احدهما واوصى الى صاحبه فهو جائز ويجوز
للباقى ان يتصرف فى المال وروى عن ابى حنيفة انه قال لا يجوز وينبغى للقاضى ان
يجعل معه آخر وجه هذه الرواية ان الميت لما اوصى الى صاحبه فقد رضى بتصرفه
وحده ونقله كفعلهما جميعا الا ترى انهما لو كانا حيين فاذن احدهما لصاحبه ان
يبيع ويشترى ويفعل جاز فعله فى قولهم جميعا فكذلك ههنا واما مذهب ابى
حنيفة الذى روى عنه هلال فى كتاب الوقف ان الميت رضى برأى الاثنين
ولم يرض برأى احدهما وفى اجتماع رأيهما منفعة لان الميت قصد ان يكون ماله
بتدبير اثنين لكى يكون كل واحد منهما رقيبا على صاحبه فاذا مات احدهما فقد
فات ذلك المعنى فلا يجوز ان يكون ماله بتدبير انسان واحد كذا اورده فى الوصايا
قوله واذا مات الوصى واوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول وقال
الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول ذكره بسبيل التفريع ايضا قال فى
وجيزهم اما الوصى فليس له الايصاء الا اذا اذن له الولى فى الايصاء فله ذلك على اصح
القولين الى هنا لفظ الوجيز وجه قوله ان الميت رضى برأى الوصى لا برأى غيره فصار
كالوكيل فى حال الحياة فان الوكيل لا يجوز ان يوكل غيره فكذا الوصى لا يجوز له ان
يوصى الى غيره ولنا ان الوصى انما يتصرف بولاية منتقلة اليه من الميت بطريق
الخلافة عنه كالجد الا ترى ان الولاية تنتقل منه الى الوصى فى المال والى الجد
فى النفس حتى كان له تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص ثم الجد
يقوم مقام الاب لانه خلف عنه فيوصى الى غيره فكذا الوصى لانه خلف عن الميت ايضا

جاز ان يوصي الى غيره فما له ولاية عند موته وكان للوصي ولاية عند موته في ماله
وتركة الموصي جميعا فصح وما ثبت لهما جميعا فيتحول الوصي الثاني منزلة الوصي
الاول فيهما ولان مقصود الموصي ان يتدارك نوابه الوصي ما فرط فيه بنفسه
ولما استعان به مع علمه ان المنية تخترمه قبل حصول المقصود للموصي منه
صار راضيا بايصائه الى غيره دلالة لتتميم مقصوده وليس الوصي كالوكيل
لان الموكل حي قائم يمكنه تحصيل مقصوده بنفسه فلم يتضمن توكيله توكيل وكيله
غيره دلالة او انتصابا وكيله الى غيره عند موته وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا اذا اوصى الوصي الى الثاني في تركته وتركة الاول فالثاني وصيهما جميعا
واما اذا اوصى الى الثاني ولم يذكر تركة الاول ففي قول علمائنا صار الثاني وصيهما ايضا
وفي قول ابن ابي ليلى يكون للثاني خاصة ولا يكون وصيا للاول فاما اذا اوصى اليه
في تركته وتركة الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان وكان القياس ان لا
يجوز لان الوصي بمنزلة الوكيل وليس للوكيل ان يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فلذلك
ليس له ان يوصي في مال الاول اذا لم يؤمر وفي الاستحسان يجوز لان الاول لما اوصى
اليه فقد علم ان الوصي لا يعيش ابدا ولم يحب ان تكون اموره ضائعة فصار كانه
اذن له بان يوصي الى غيره من طريق الدلالة وان لم ياذن له بالافصاح ولو كان
اذن له بالافصاح جاز له ان يوصي الى غيره وكذلك اذا اذن له بالدلالة بخلاف
الوكالة لان الوكالة لا تصح بعد الموت واما اذا اوصى الثاني ولم يذكر تركة الاول
ففي قول ابن ابي ليلى يكون وصيا له خاصة ولا يكون وصيا للاول لانه جعله
وصي نفسه ولم يجعله وصي الاول واما مذهب علمائنا ان الوصي لما اوصى الى
الثاني فقد فوض اليه امور نفسه وامور الاول من امور نفسه فصار كانه
اوصى اليه في تركة الاول ايضا من طريق الدلالة لانه من اموره وان لم يذكر بالافصاح

فاذا كان هكذا صار الثاني وصيهما جميعا وقال الفقيه ابو الليث في مختلف
الرواية ولو ان هذا الوصي قال للثاني جعلتك وصيا في تركتي فقد روي عن ابي حنيفة
انه قال هو وصيه في المالين جميعا وروي عن ابي يوسف ومحمد انهما قالا هو وصي في
تركة الثاني خاصة وحرفهما انه يتصرف بالامر فاختص تصرفه بما خص بالامر
كالوكيل ولابي حنيفة ان تركة موصيه تركته ايضا فللوصي الثاني ان يتصرف
فيها جميعا ولا يختص تصرفه بنوع دون نوع كما انه لو اوصى اليه في العين كان وصيا
في العين والدين جميعا عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** وعند الموت كانت له
ولاية في التركتين اي عند موت الوصي كانت له ولاية في ماله بنفسه الذي تركه وفي
تركة موصيه فينزل الثاني منزلته الاول في المالين جميعا فصح تصرفه فيهما جميعا
قوله تلافي ما فرط فيه اي تدارك ما سبق من الميت من التقصير ولو قال ما فرط
فيه بالتشديد كان اولى اي ما قصر فيه **قوله** قال ومقاسمة الوصي الموصى
له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة اي قال في الجامع الصغير
والمقاسمة فعل القسمة من اثنين وهو ان يقتسم كل واحد منهما مع الاخر شيئا اعلم
ان مقاسمة الوصي الموصى له بالثلث نيابة عن الورثة اذا كانوا صغارا او كان بعضهم
كبارا غائبا جائزة حتى لو افرز نصيب الموصى له بالثلث اياه وامسك الثلثين
للورثة فهلك الثلثان في يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء وكذا هذا ومقاسمة
الوصي الورثة نيابة عن الموصى له باطلة حتى لو اعطى الورثة نصيبهم وامسك
نصيب الموصى له في يده وهو الثلث فهلك الثلث في يده كان للموصى له ان يرجع
على الورثة بثلث ما في ايديهم وصار هلاكه بعد قسمة الوصي كهلاكه قبل القسمة
ولو هلك شيء قبل القسمة كان الباقي اثلاثا بين الورثة والموصى له فكذا بعد
القسمة لان قسمته كلا قسمة والذي لا ضمان على الوصي لانه امين في الحفظ ذكر في

على القبض الاول ووجهه ان الوارث قام مقام الميت خلفا عنه في املاكه من كل
وجه والوصي نائب مناب الميت اذ هما يكونان قائمين مقام الوارث في حكم الخلافة وصحة
قسمته عليهم ولهذا يرد الوارث بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث
فصار هلاك نصيبهم في يده كهلاكه في ايديهم اما الموصى له فليس بخلف عن الميت من كل وجه
لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا
بشراء الموصي فاذا لم يكن الموصى له خلفا عن الميت من كل وجه لم يلزم من صيرورة الوصي
قائما مقام الميت ان يكون قائما مقام الموصى له والموصى له لم يفوض الامر الى الوصي ولا تنفذ
قسمة الوصي عليه وصار هلاك نصيب الموصى له بعد مقاسمة الوصي عليه كهلاكه قبل
القسمة ولو هلك قبل القسمة كان الباقي مشتركا فكذا بعد القسمة وفي كتاب
نكت الوصايا ولو كان الوارث كبيرا وهو غائب فاعطى الوصي صاحب الوصية الثلث
وامسك الثلثين فهلك في يده سلم للموصى له ما اخذ لان الوارث الكبير اذا كان غائبا
جاز للوصي ان يتصرف في العروض فلما جاز تصرفه جازت قسمته والمعنى في ذلك ان
الوارث يقوم مقام المورث الا ترى ان المورث اذا باع شيئا في حياته ووجد المشتري
به عيبا كان له ان يخاصم الوارث ولم يكن له ان يخاصم الموصى له فثبت ان الوارث يقوم
مقام المورث والموصى له لا يقوم مقام الموصي ثم وجدنا ان الوصي وكيل الميت يجوز قسمته
على من قام مقامه وهو الوارث ولا يجوز على الموصى له فاذا كان هكذا اذا دفع
الثلث الى الموصى له وامسك الثلثين للوارث الكبير الغائب فقد صحت قسمته وصار
هلاكه في يده كهلاكه في يد الوارث واما اذا كان الموصى له غائبا لا يجوز قسمته
عليه لانه ليس بوكيله **قوله** فصحت قسمته عليه اي على الوارث اذا كان غائبا **قوله**
لو حضروا اي الوارث **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه اي لم
تنفذ قسمة الوصي على الموصى له **قوله** وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم

الورثة

الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه
فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع
بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء اورده في الجامع الصغير والمسألة سبقت في كتاب
الحج في باب الحج عن الغير ولكن لا يخلو هذا الموضع عن البيان قال الفقيه ابو الليث
في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى ان يحج عنه رجلا فسرقت نفقته في الطريق قال في قول
ابي حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من ماله ويحج به وفي قول ابي يوسف ان بقي من ثلث ماله يحج
والا فلا وفي قول محمد ما بقي من الثلث اول مرة لا يعطى مرة اخرى وتفسير ذلك
ان رجلا مات وترك اربعة الاف فاعطوا الف درهم فسرقت في الطريق ففي
قول ابي حنيفة يجعل كأن الالف لم يكن ويعطى الفا اخرى وفي قول ابي يوسف
لم يبق من ثلث ماله الا ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فيعطى ذلك المقدار وفي
قول محمد لا يعطى شيئا اما مذهب ابي حنيفة فهو ان الله تعالى جعل الميراث
بعد انفاذ الدين والوصية وهو قوله عز وجل من بعد وصية يوصي بها او دين
فلا بد من انفاذ الوصية الا ترى انه لو كان عليه دين فبعثوا الى الغريم فسرق
في الطريق فجعل كأن الدين لم يكن ويعطى مرة اخرى فكذلك ههنا الذي
سرق كأنه لم يكن ومال الميت ما بقي فوجب ان ينفذ الوصية مما بقي واما مذهب
ابي يوسف فانه لا يجوز ان تنفذ الوصية باكثر من الثلث ولو جعل كما قال ابو
حنيفة ادى ذلك الى ان يبطل المال كله في الوصية لانه لو سرق مرة اخرى فيعطى
ثلث ما بقي ثم سرق مرة اخرى فيؤدي ذلك الى ان يذهب مال الميت كله في الوصية
ولا يجوز الوصية باكثر من الثلث الجواب لابي حنيفة ما ذكرنا ان الذي هلك
هلك قبل انفاذ الوصية فصار كأنه لم يكن ولا ضرر على الوارث لانه يسلم لهم مثلا
ما يسلم للوصية واما مذهب محمد فهو ان دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت

هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يوخذ من تركته من اخرى
لذلك هذا وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى هذا الخلاف لو قال اعتقوا
عن نسمة بمائة درهم فاشتروها فمات قبل ان يعتق كان عليهم ان يعتقوا من ثلث ما
بقي في ايديهم في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف مما بقي من ثلث ماله في ايديهم وفي قول
محمد بطلت الوصية **قوله** فقاسم الورثة اي قاسم الوصي ما في يده او في يد الوصي وهو
الثلث للمفرز ان دفعه اي دفع الوصي الثلث عنه اي عن الميت من يده اي من يد الرجل
الذي دفع اليه الثلث ليحج عن الميت **قوله** ان كان مستغرقا للثلث اي ان كان الهالك
الالف وان لم يكن الهالك مستغرقا للثلث **قوله** فلم يعتبر ودوته اي لم يعتبر
القسمة بلا اداء الحج وتذكير الضمير الراجع الى النيابة على تاويل الاداء **قوله** قبلها
اي قبل القسمة **قوله** قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي
فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة اي قال القدوري في الجامع الصغير وانما
جازت قسمة القاضي لانه نصب ناظرا لامور المسلمين خصوصا في حق الاموات
والغيب لعجزهم عن التصرف بانفسهم ومن النظر ان يفرز نصيب الغائب ويقبله
الجواز انه لو حضر الغائب وقد هلك نصيبه في يد القاضي ليس له ان يرجع على
الورثة بشيء والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصي حيث
لا يجوز مقاسمته على الموصى له ان للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه وهذا لا يملك
بيع ما يخشى عليه التلف فكانت قسمته كقسمة الموصى له والوصي لا يملك بيع شيء من مال
الموصى له ولا ولاية عليه اصلا فلم ينفذ قسمته قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وذكر في السير الكبير ان القاضي لو ميز الثلث من الثلثين
ولم يدفع الى واحد من الفريقين شيئا حتى هلك احد النصيبين هلك من
الجملة وانما يصح قسمة القاضي اذا دفع الى احد الفريقين نصيبه فاما اذا لم يدفع الى

احد الفريقين نصيبه لم يكن محل القسمة لان القسمة ينبغي ان تكون بينه وبين الاخر ولا
يصلح ان يكون هو بنفسه مقاسِما ومقاسَما **قوله** لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات
الموصى له قبل القبول يصير الوصية ميراثا لورثته قال العتابي في شرحه للجامع الصغير
والوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط **قوله** قال واذا باع الوصي عبدا من
التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدا وعليه دين يحيط بماله
فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جائز واراد بذلك الدين
على الميت لا على العبد وانما جاز بيع الوصي لانه قائم مقام الميت فلو ان الميت باعه
قبل موته وعليه دين في حال مرضه جاز بيعه فكذلك بيع الوصي كالعبد الماذون
له يملك بيع ما في يده بغير رضا الغرماء كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي
وهذا بخلاف العبد الماذون المديون حيث لا يبيعه مولاه او وصيه بغير محضر
من الغرماء لان لهم حق الاستسعاء حتى ياخذوا كسبه فيكون البيع مبطلا لحقهم
فلهم ان يبطلوا البيع وههنا حق الغرماء في الثمن لا غير فلا يكون البيع مبطلا لحقهم
مطلقا فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء وبغير محضر منهم سواء **قوله** قال ومن اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده
واستحق العبد ضمن الوصي اي قال في الجامع الصغير وضمانه فيه ويرجع فيما ترك الميت
اي الوصي يضمن الثمن للمشتري ويرجع بذلك في جميع التركة قال الفقيه ابو الليث رحمه الله
وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع في مال الميت ثم روى محمد سماعة عن محمد انه قال يرجع
في ثلث مال الميت وانما ضمن الوصي الثمن لانه لما استحق العبد تبين انه قبضه بغير حق
فيلزمه الرد لان العهدة على العاقد لان المشتري انما بذل له الثمن ليسلم له
المبيع فلم يسلم فوجب رده وجه قول ابي حنيفة الاول انه قبض الثمن من حقوق

العقد فصار الوصي في حق القبض كالمالك واذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان
بعمل على النفسه فلا يرجع بشيء الا ترى الى ما قال في الجامع الكبير اذا رجلا لو وكل وكيلا
بان يشتري له عبدا فاشترى الوكيل العبد وقبضه وهلك العبد في يد الوكيل
ثم استحق العبد وضمن الوكيل قيمته لا يرجع على الموكل بشيء لان الوكيل في حق القبض
كالمالك بدليل ان الموكل لو منعه عن القبض لم يجز واذا لحقه الضمان بعمل على النفسه
لا يرجع بشيء وكذلك هذا ووجه ما روي عن محمد انه يرجع في الميت لان بيع الوصي
كان لتنفيذ الوصية فكان بحكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث ووجه
ظاهر الرواية ان الوصي عامل للميت وهو قائم مقامه فاذا لحقه الضمان بعمل عمل
للميت استوجب ما غرمه دينا على الميت ومحل الدين كل المال كما في شروح
الجامع الصغير فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع على احد كما لو
كان على الميت دين اخر لان البيع لم يقع الا للميت لا للمسلمين ولا للورثة والمسألة
من الخواص وهذا بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع فاستحق العبد او مات
وقد ضاع الثمن في يده حيث لا يرجع المشتري على القاضي او امينه لانه لا عهدة
عليهما لانه لو وجب الضمان على القاضي او امينه لتقاعد الناس عن تحمل
هذه الامانة خوفا من الضمان فضاع حقوق المسلمين وقد مر البيان مستوفى
في كتاب ادب القاضي في اخر فصل القضاء بالمواريث **قوله** يرجع عليه بحكم
الغرور اي يرجع الوصي على الميت لانه غر الوصي حيث قال لم بع عبدي وتصدق
بثمنه على المساكين فلما غرم رجع عليه في تركته لانه استوجب دينا عليه
ومحل الدين كل المال **قوله** واذا قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من
الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير
اي قال في الجامع الصغير اعلم ان الوصي اذا باع عبد الصبي لاجل الصبي فقبض

الثمن

الثمن فهلك الثمن في يده ثم استحق العبد رجع المشتري بالثمن على الوصي لان العهدة
على البائع ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير لانه باعه لاجله ثم يرجع الصغير
على شركائه الورثة بحصته لبطلان القسمة **قوله** قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم
فان كان خيرا لليتيم جاز اي قال في الجامع الصغير اعلم ان الوصي اذا احتال اي
قبل الحوالة بمال اليتيم ينظر فان كان المحتال عليه املأ اي اقدر على اداء الدين
من المحيل وهو المديون جاز وان كان المحيل املأ من المحتال عليه لم يجز
والاصل فيه قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقوله تعالى قل
اصلاح لهم خير فاذا راى الوصي ذلك خيرا لليتيم فهو من الاحسن المامور به فجاز
وقال عليه السلام من احيل على ملي فليحتل كذا ذكره ابو بكر الرازي وهذا لان
عموته يتعلق بمال اليتيم وعين لانه خطاب لمن له حق المطالبة بنفسه ولان الثاني
اذا كان املأ من الاول فان في ذلك اصلاحا لليتيم لان الاستيفاء منه ايسر
واذا لم يكن الثاني املأ من الاول لا يكون فيه اصلاح لان فيه ابراء الاول بغير
منفعة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان الوصي له ان ياخذ
الكفيل بدين الميت لان الكفالة لا توجب براءة الاصيل فيكون فيها زيادة وثيقة
فيجوز ولذلك لو اخذ رهنا بذلك يجوز لان في الارتهان استيفاء وفي الارتهان
ايضا يجوز له ان يرهن مال الميت بدين على الميت وان يرتهن ولو احتال
بماله او اخذ كفيلا بشرط براءة الاصيل فانه ينظر ان كان ذلك خيرا
لليتيم جاز وان كان شرا له لم يجز واما الوجه الذي هو خير فهو ان اذا كان
المحتال عليه املأ من المحيل فانه يجوز حتى ان الصبي لو ادرك قبل اخذ الدين
فليس له ان يفسخ الحوالة واما اذا لم يكن المحتال عليه املأ من المحيل فانه لا يجوز
هذا اذا ثبت الدين بمداينة الميت واما اذا ثبت بمداينة الوصي فانه يجوز سواء كان

كان خيرا لليتيم او شرا له الا انه اذا كان خيرا لليتيم فانه يجوز بالاتفاق حتى ان
اليتيم لو ادرك واراد ان ينقض ذلك فليس له ذلك وان كان شرا له جاز ذلك
ويضمن الوصي لليتيم عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز اذا كان شرا
وهذا كالاختلاف الذي ذكرنا في البيوع ان الوكيل بالبيع اذا ابرا المشتري او احال
او اخر فانه يجوز ويضمن عند ابي حنيفة ومحمد كذلك ههنا يضمن من عند نفسه
لما اخذه من الحساب عليه لنفسه كذا في شرح الطحاوي **قوله** قال ولا يجوز بيع
الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن في مثله اي قال في الجامع الصغير وذلك لان
تصرف الوصي مقيد بالنظر ولا نظر في اتلاف المال فلا يملك الغبن الفاحش
لانه منصوب لحفظ المال لا للاتلاف وكان القياس ان لا يملك الغبن اليسير
ايضا الا انه عفي عنه ذلك القدر للعجز عن الاحتراز قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير من كان له ولاية البيع والشراء فباع بالمحاباة او اشترى
فهو على ثلاث مراتب عند ابي حنيفة في وجه لا يجوز البيع والشراء الا بمحاباة
يتغابن الناس في مثله وفي وجه يجوز الشراء بما يتغابن الناس فيه ولا يجوز بما
لا يتغابن الناس والبيع يجوز بهما اما الوجه الذي لا يجوز البيع والشراء فالوصي
والاب والجد والقاضي اذا باع مال اليتيم او اشترى ليس لاحد هؤلاء ان يبيع مال
اليتيم ولا ان يشتري له الا بما يتغابن الناس في مثله لان الولي تثبت له الولاية
من طريق الحكم والحكم لا يوجب الاضرار بالصبي وكذلك القاضي ولايته من طريق
الحكم وكذلك الوصي لانه استفاد ولايته من جهة الاب ولا يجوز له الا ما يجوز
للاب واما الوجه الذي يجوز البيع والشراء فالعبد المأذون والمكاتب يجوز لهما
البيع والشراء بالمحاباة قليلة وكثيرة لان كل واحد منهما مأذون في التجارات
كلها اذا كانا تاما لان الاذن استفيد من جهة المولى باللفظ واللفظ اخران

على العموم وفي وجه يجوز البيع ولا يجوز الشراء وهو الوكيل والمضارب والشريك
لكل واحد من هؤلاء ان يبيع بمحاباة قليلة وكثيرة والشراء لا يجوز الا بما يتغابن الناس
في مثله وبه نأخذ لان الامر ينصرف الى البيع المعروف عند الناس وتمام البيان
في المتصرفين بالغبن مر في كتاب الوكالة في فصل البيع من شرحنا هذا **قوله**
والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة وذلك لانهم يتصرفون بحكم المالكية باهليتهم لانفسهم لا بامر
الولي والمولى والحجر كان مانعا وبالاذن ارتفع الحجر لانه فك الحجر فصاروا كالحر
البالغ في تصرفهم فملكوا الغبن الفاحش بخلاف الاب والوصي والقاضي لانهم يتصرفون
للغير فيتحرون فيه عن الضرر ووجه قولهما ان العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة
الهبة فلا يملك ذلك من لا يملك الهبة قال فخر الاسلام وفصل المكاتب من الحواشي
قوله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب
الشراء على حدة اي قال في الجامع الصغير وقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة لا ابالي اذا اشترى من فلان وصي فلان ولا ان اكتب شهادة الوصية على
حدة قال فخر الاسلام وهذا من الحواشي وذكر في بيع الوصي وشراء الوصي وما اشبه
ذلك لان الجمع بينهما يوجب حملا على الكذب والاحتياط في ذلك ان يكتب كتاب
الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لانه لو كتبهما كتابا واحدا واشهد عليه
شهودا فمنهم من لم يشهد على الايصاء فعند اداء الشهادة ربما يشهد بالكل
فيكون شاهد زور فيكتب كل كتاب على حدة احترازا عن الحمل على الكذب
وذكر في كتاب الوصايا لا بأس بان يكتب ان اشتريت من فلان وصي فلان لان
الوصية لا تظهر غالبا بالمعاينة والمشاهدة وانما تظهر بقول الناس ويقول
الوصي اني وصي فلان ولهذا قال لا بأس بان يكتب على هذا الوجه اذا ذكر في الاس

قاضي خان وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الوصي اذا باع شيئا فاراد
المشتري ان يكتب صكا يكتب اني اشتريت من فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان
لانك اذا كتبت من فلان وصي فلان ثم اردت ان تشهد عليه قوما لا يعرفون انه وصي
لم يكتبوا شهادتهم لانهم يقولون اقرارك على الميت لا يجوز واذا كان يريد ان الى
هذا شئ ان يكتب اشترى من فلان بن فلان ثم يكتب وصيته على حدة فاذا اراد ان
تشهد على الشرا قوما يعرفون بانه وصي فلا باس بان يكتب انه اشترى من فلان
وصي فلان وقد ذكر في كتاب الوصايا اشترى من فلان وصي فلان لذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله
ثم قيل يكتب اي القاضي او المشتري قوله احتياطا اشارة الى قوله لان ذلك احوط
قوله وقيل لا باس بذلك اي لا باس بان يكتب من فلان وصي فلان قوله قال
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شئ الا في العقار اي قال في الجامع الصغير قال
في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويوصي الى رجل
ويترك ابنا كبيرا غائبا قال كل شئ صنعه الوصي فهو جائز الا انه لا يبيع العقار
ولا يتجر في المال وذلك لان الوصي قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العروض على
ولده الكبير فلذلك من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصي وانما يملك بيع العروض
على الكبير الغائب والقياس ان لا يملكه لان الاب لا يملك بيع العروض على ولده
الكبير فكذلك وصيه وجه الاستحسان ان الوصي مامور بحفظ التركة حتى
لو ظهر عليه دين يقضى من ذلك وبيع المنقول من باب الحفظ لان المنقول مما يخشى
عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن ايسر بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ
لا يخشى عليه التلف فمن اراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شرا العقار والعروض
يسرع اليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير ايسر وابعد من التوى
والتلف والفساد وقالوا لو خيف هلاك العقار وهلاك بنائه يملك الوصي بيعه

ايضا

ايضا على الكبير الغائب لان البيع في هذه الحالة يكون حفظا ولا يتجر الوصي على الكبير
الغائب في ماله لان التجارة يبتغى بها الربح دون الحفظ فلا يملك وقال في الجامع الصغير
وقال يعقوب ومحمد وصي الاخ والام والعم في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في
الكبير الغائب يعني ان وصيهم يملك بيع العروض ولا يملك بيع العقار ويريد به فيما ترك الاخ
والام والعم وهذا لان الوصي قائم مقام الموصي والاخ والام والعم لا يملكون التصرف
في مال الصغير فكذلك من قام مقامهم الا ما كان من باب الحفظ حتى يملكوا شرا
الطعام والكسوة للصغير لان ذلك من جملة حفظ الصغير فلو كان للصغير
مال اخر لا من تركة الاخ والعم والام فوصيهم لا يملك حفظ ذلك المال لان ولاية
الحفظ مقصورة على تركة الموصي كذا في شروح الجامع الصغير وجملة القول هنا ما
قال الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا واذا باع الوصي التركة فان هذه المسألة
على وجوه اما ان يكون الورثة كلهم كبارا او يكون كلهم صغارا واما ان يكون بعضهم
صغارا وبعضهم كبارا واما ان يكون الميت اوصى لرجل بشئ من الدراهم او كان عليه
الدين فاما اذا كان الورثة كلهم كبارا ولا دين على الميت ولا وصية فان كانوا
حضورا فليس له ان يبيع شيئا من المال لانه لا ولاية له في ذهب التجار وان كانوا
غيبا فله ان يبيع العروض وليس له ان يبيع العقار لان للوصي ولاية الحفظ
والتحصين حتى يسلم الى التجار وبيعه من التحصين لانه يحفظ الثمن ايسر من حفظ
العروض واما العقارات فمحصنة بنفسها فلا يحتاج الى بيعها للتحصين
واما اذا كانت الورثة كلهم صغارا او هم حضورا وغيب فله ان يبيع نصيبهم
لانه قام مقام الاب ويجوز للاب ان يبيع مال الصغير اذا راى في البيع صلاحا لهم
عروضا كان او عقارا فكذلك الوصي الذي قام مقامه واما اذا كانت الورثة
بعضهم صغارا وبعضهم كبارا في قول ابي حنيفة له ان يبيع نصيب الصغار

والكبار العروض والعقار جميعا وفي قول ابي يوسف ومحمد له ان يبيع نصيب الصغار
العروض والعقار وليس له ان يبيع نصيب الكبار اذا كان الكبار حضورا اما اذا كانوا
غيبا فله ان يبيع العروض خاصة نصيب الصغار والكبار ولا يبيع العقار الا نصيب
الصغار اما مذهب ابي حنيفة ان الوصي مامور ببيع جميع التركة من طريق الدلالة
لانه امر بالصلاح وفي البيع اصلاح للفريقين لانه اذا باع البعض كان في ذلك ضرر
بالصغار والكبار جميعا فالكبار في امتناعهم متعنتون مضارون بانفسهم وبالصغار
فامتناعهم باطل ويجوز بيعه اذا كان في بيع الجملة اصلاح للفريقين جميعا واما
مذهبهما وهو القياس ان الوصي قام مقام الصغار فلو كبر الصغار لا يجوز لهم الا
نصيبهم فكذلك الوصي وهذا القول ناخذ والجواب لابي حنيفة ان الصغار اذا
كبروا فليست لهم ولاية في نصيب الكبار وهم غير مامورين ببيع نصيبهم لا دلالة ولا
افصاحا واما الوصي مامور ببيعه من طريق الدلالة ولو كان على الميت دين او وصى
لشيء من الدراهم وليس في التركة دراهم والورثة كبار حضور وفي قول ابي حنيفة
يجوز بيع جميع التركة وفي قولهما لا يجوز الا بيع حصة الدين اما مذهب ابي حنيفة
فان كل جزء من اجزاء المال مشغول بالدين بدليل انه لو هلك بعض المال وجب
قضاء الدين من البقية فثبت ان كل جزء من اجزاء المال مشغول بالدين فله ان
يبيع جميع المال واما مذهبهما هو انه انما يبيع لاجل الدين فوجب ان لا يجوز بيعه
الا لمقدار الدين وقال الفقيه ابو الليث ايضا في اخر باب من كتاب الوصايا ان
وصي الام ليس له ان يبيع العقار وله ان يبيع العروض اذا كانت الورثة صغارا او
كبارا وهم غيب وكذلك وصي العم ووصي الاخ ونحو ذلك ليس لاحد من هؤلاء
حق التصرف في العقار ولهم حق التصرف في العروض التي ورث من الام خاصة او من الاخ او
من العم وليس لاحد منهم ان يتصرف فيما ورث من غير الام او غير الاخ واما وصي الاب فله حق

التصرف

التصرف في العروض والعقار سواء ورث من ابيه او من غيره اذا كانت الورثة
صغارا واما اذا كانت الورثة كبارا وهم غيب فليس له ان يتصرف الا في العروض
خاصة لانه ولاية الحفظ وبيع العروض للحفظ والعقارات محصنة بنفسها
فلا يحتاج الى الحفظ وكذا وصي الام والعم والاخ فيما ورث من الام او من الابنة صار
حاله في ذلك حكم وصي الاب في الكبار اذا كانوا غيبا والله اعلم **قوله** وقالا
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله ولا خلاف في هذه المسألة وانما خص ذكرهما في الجامع الصغير
لانه روي عنهما ولم يرو عن ابي حنيفة كما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير وقد مر بيانه في البيان **قوله** قال والوصي احق بمال الصغير من الجد
ارسله في الجامع الصغير وعندنا الشافعي الجد اولى لان الشرع اقام الجد مقام الاب
عند عدمه ولهذا لو مات الاب ولم يوص الى احد كانت الولاية للجد ولنا ان ولاية
الاب انتقلت الى الوصي بالوصاية والاب مقدم على الجد فكذا من انتقلت ولايته اليه
فكان تقديم الوصي على الجد لتقديم الاب عليه لان الوصي قائم مقامه بحقيقة
ان اختيار الاب الوصي مع وجود الجد دليل على ان الوصي انظر للاولاد وهذه
الولاية نظرية فيكون الوصي اولى من الجد قال الكرخي في مختصره واذا مات
الرجل ولم يوص الى احد وله اب وولد صغار والاب مامور فالاب في ذلك
بمنزلة الوصي الذي يوصى اليه الاب فان مات الجد فاوصى الى رجل جاز ذلك وكان
وصي الجد بمنزلة وصي الاب اذا لم يكن للاب وصي فان كان له وصي فوصي الاب اولى
من الجد ولذلك وصي وصي الاب اولى من الجد وهذا قول اصحابنا جميعا الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** لما بينا اشارة الى قوله ولنا ان بالايصاء ينتقل
ولاية الاب اليه والله اعلم

فصل في الشهادة

وانما اخر ذكر الشهادة

في الوصية لكونه معارضة فيها غير اصلية لان الاصل عدم العارض **قوله**
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة وقال محمد في
اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الوصيين يشهدان ان الميت
اوصى الى هذا معهما فان ادعى ذلك فشهادتهما جائزة وان انكر ذلك فشهادتهما
باطلة وكذلك الوارثان يشهدان بذلك قالوا في شروح الجامع الصغير هذا
استحسان والقياس ان لا تقبل وان ادعى المشهود له ذلك وجه القياس ان
هذه الشهادة قامت للشاهد او لابنه فبطلت وجه الاستحسان ان القاضي
يملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا تمس للقاضي هذه الشهادة
ولانه لم يكن وانما اسقطا عنه مؤنة التعيين ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز
استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك
هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين واذا كان غير طالب والموت غير معروف
لم يكن للقاضي ولاية نصب الوصي الا بهذه البينة فصارت موجبة فتبطل لمعنى
التهمة الا في غريمين عليهما دين لان اقرارهما على انفسهما ثبوت ولاية القبض
جائز فانتفت التهمة عن شهادتهما بخلاف مسألة التوكيل اذا شهدا ان
اباهما وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة فالشهادة باطلة لان القاضي لا يملك
نصب الوكيل عن الغائب فاذا لم يكن مالكا فلو ثبتت ثبتت بهذه الحجة وهذه
حجة فيها تهمة فبطلت وجملة الكلام فيه ما قال في الاصل في كتاب
الوصايا بقوله واذا اوصى الرجل الى رجلين فشهد الوصيان ان الميت قد
اوصى الى فلان معهما فشهادتهما جائزة فهذا استحسان وكذلك اذا شهد
الوارثان او الموصى لهما او الغريمان اللذان لهما على الميت دين او الغريمان اللذان
للميت عليهما دين فالجواب في هذه الفصول الخمسة واحد ان شهادتهما لا تقبل

في القياس وفي الاستحسان اذا كان الموت ظاهرا وان لم يكن الموت ظاهرا
لا تقبل الا في الغريمين اللذين عليهما دين اما وجه القياس فهو ان في شهادتهما جر
مغنم لان الوصيين اذا كان معهما ثالث يكون لهما معونة وكذلك الوارثان وفي
الغريمان يكون لهم منفعة الا ترى انهما لو شهدا في كل خصومة بالوكالة لا تقبل
شهادتهما فكذلك ههنا الا ترى ان الغريمين لو قضيا الدين ثم شهدا لا تقبل
شهادتهما فكذلك قبل القضاء لان في ذلك تثبيت براءتهما اذا قضيا الدين
واما وجه الاستحسان فهو ان القاضي لو ابطل شهادتهما يحتاج الى ان ينصب
له وصيا لان القاضي لا ينبغي له ان يعطل امور الميت وقد اقر الوصيان انه
ليس لهما حق التصرف الا ان يكون معهما ثالث فاذا كان الامر هكذا ينبغي ان
يستحسن ويقبل شهادتهما لانه لو لم يقبل شهادتهما يحتاج الى ان يضم اليهما
ثالثا فلا فائدة في ابطال شهادتهما واما اذا لم يكن الميت ظاهرا فهذا
المعنى لا يوجد فيه فيؤخذ فيه بالقياس الا في الغريمين اللذين عليهما دين
لانهما يشهدان على انفسهما والظاهر فلا تهمة في شهادتهما **قوله** وهذا
استحسان وهو في القياس كالاول اي يقبل شهادة الوصيين لاخر انه وصي
معهما اذا ادعى المشهود له ذلك استحسانا وفي القياس لا تقبل الشهادة كما اذا
انكر المشهود له ذلك وهذا معنى قوله كالاول **قوله** ولو شهد الوصي
لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة قال محمد في الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة في الوصيين يشهدان لوارث صغير بشيء من مال الميت
او بغير مال الميت ان ذلك باطل وان شهدا لوارث كبير بشيء من مال الميت لم تقبل
وبشيء من غير مال الميت تقبل وقال ابو يوسف ومحمد تقبل الشهادة للكبير في مال
الميت ايضا اما الشهادة للصغير فلانهما يشهدان لانفسهما بحق التصرف وللوارث بالملك

فبطلت الشهادة كما لو رجلين يشهدان ان لنا ولهذا المدعي على هذا الف درهم
فالشهادة كلها باطلة لان شهادة المتهم لا تقبل وشهادة الخصم لا تقبل فلذلك
هنا واما الشهادة للاجنبي فوجه قولهما انهما اجنبيان عن المشهود له فوجب القبول
كما لو غير مال الميت وهذا لانهما ليسا بخصمين وليس لهما حق التصرف في ذلك
فعريت الشهادة عن التهمة فقبلت ولابي حنيفة ان الوصيين متهمان في هذه
الشهادة لانهما يوجبان لانفسهما حق الحفظ لان حفظ مال الميت الى الوصي حتى
الكبار اذا كانوا غيبا فتثبت الولاية عليه اذا اجنبي او غيبه ولا تقبل شهادتهما
كالمودع اذا شهد على الوديعة للمودع كذا قال فخر الاسلام البزدوي
قوله يجوز في الوجهين اي يجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت وفي غير مال
الميت **قوله** واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد
الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق
للاخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا تقبل في الدين ايضا وهكذا ذكر محمد الخلاف في الجامع الصغير وقال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر الخصاف في ادب القاضي ان على قول ابي
حنيفة وابي يوسف لا تقبل الشهادة بالدين وقال محمد تقبل والذي ذكره
الخصاف مذكور في الامالي عن ابي حنيفة وابي يوسف وذلك يشهد الامالي فصار
عن كل واحد منهما روايتان ولفظ الخصاف في شرح ادب القاضي ولو ان رجلا مات
بدين الف درهم وترك ودينه وترك مالا فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين الف
درهم وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين الف درهم فان ابا حنيفة
وابن ابي ليلى وابا يوسف قالوا الشهادة باطلة من قبل انهم يشتركون فيما يقبض
كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في الجامع الصغير عن ابي حنيفة ان الشهادة

جائزة

جائزة وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاؤوا جميعا فالشهادة باطلة
الى هنا لفظ الخصاف ووجه الرواية التي حكم فيها بالرد ان الدين يتعلق بالتركة
على سبيل الشركة فصار بمنزلة الوصايا بالمشترك ووجه الرواية الاخرى
ان الدين انما يجب في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا وانما الاستيفاء من عوارضه
فوقعت الشهادة لغير الشاهد فقبلت بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لا
يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم الى ما ذكره فخر
الاسلام وغيره وهنا ثلثة فصول ذكرها شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
احدها لا تقبل الشهادة بالاتفاق وهو ان يشهد رجلان لرجلين بوصية
الثلث لهما بالثلث ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بالثلث وهذا
لان الثلث مشترك بين الموصى لهم وشهادة كل فريق لاقت محلا مشتركا
بين المشهود له والشاهد وفي الوجه الثاني الشهادة مقبولة بالاتفاق
وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهما بهذا العبد ويشهد الاخران
ان الميت اوصى للشاهدين بهذه الجارية فالشهادة تقبل لان كل واحد من
الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل والفصل
الثالث على الخلاف وهو فصل الدين فابو يوسف يقول حق الغرماء بعد
الموت يتعلق بالتركة ولهذا لا يثبت الملك للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها
اذا كان الدين محيطا بها فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فهو نظير
مسئلة الوصية بالثلث وهذا لان المقصود من اثبات الدين بعد الموت
الاستيفاء من التركة وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه وابو
حنيفة ومحمد قالا كل فريق انما يشهد للفريق الاخر بالدين في ذمة
الميت ولو شهدا بذلك في حيوته كانت الشهادة مقبولة فكذلك اذا

شهدا به بعد موته وهذا لان الدين بالموت لا يتحول من الذمة الى التركة
الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين وان للوارث ان يستخلص
التركة لنفسه بقضاء الدين من محل آخر فلا يتحقق الشركة بينهم ههنا بخلاف
الوصية بالثلث فان حق الموصى له يثبت في عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك
التركة ولو اراد الورثة ان يستخلصوا التركة لانفسهم ويعطوا الموصى له حقه من محل آخر
لم يكن له ذلك فثبتت الشركة بينهم في التركة فلا تجوز شهادتهما وتمام الشرح فيه
ما قال الفقيه ابو الليث في كتاب الوصايا واذا شهد اربعة نفر شهد هذان
لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلثة اوجه في وجه تقبل شهادتهم
بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه فاما الذي لا
تقبل شهادتهم فيه بالاتفاق اذا شهد شاهدان ان الميت اوصى لهذين
بثلث المال وشهد شاهدان لهذين ان الميت اوصى له بثلث المال او بربع
المال او بسدس المال فيشهد كل فريق بذلك لصاحبه لا تقبل شهادتهم
لان كل فريق يشهد على شيء له فيه حق الشركة لانه لو جازت شهادتهم
صار الثلث بينهم بالشركة فثبت ان كل فريق يشهد على شيء له فيه شركة فصار
متهما في شهادته واذا صار متهما لا تقبل شهادته واما الوجه الذي
جازت شهادتهم بالاتفاق اذا شهد هذان لهذين بوصية ثوب او دار
او غير ذلك شيء بعينه جازت شهادتهم لان كل فريق يشهد على شيء لا يثبت له
فيه شركة فاذا لم يثبت له شركة فلا تهمة في شهادتهما واما الوجه الذي اختلفوا
فيه اذا شهد شاهدان لهذين على الميت بدين وشهد هذان لهذين على الميت بدين
آخر ففي قول ابي حنيفة ومحمد جازت شهادتهم وفي قول ابي يوسف لا تقبل اما مذهب
ابي حنيفة ومحمد فهو ان كل واحد من الفريقين يشهد للفريق الآخر بدين لا شركة له

فيه

فيه لان كل دين وجب على حدة ولم يكن في الدين اصل شركة الا ترى ان
اجنبيا لو تبرع بقضاء دين احد الفريقين ليس للفريق الآخر ان يشاركه
فاذا كان الامر هكذا انتفت التهمة في شهادتهم وصار كما قلنا في الوصية بعينها
وليس كالوصية بالثلث لان هناك يشهدا على شيء هما فيه شريكان وشهادة
الشريك لا تقبل والدين لا شركة بينهما فيه واما مذهب ابي يوسف فهو
انه تقع الشركة بينهما في المستدين بدليل ان احد الفريقين لو قبض
من مال الميت شيئا كان للفريق الآخر ان يشاركه واسباب الجرح اذا
ظهرت في المستدين كان كانها كانت موجودة في الابتداء فاذا كان الامر
هكذا تمكنت الشبهة بينهما في الاقتضاء والاقتضاء متاخر عن الوجوب لحين
نفي القاضي لا شركة بينهما وانما تعتبر الشركة وقت القضاء ووقت القضاء لا شبهة
في شهادتهما ولذلك لو شهد اثنان لهذين وابنا هذين لهذين على
هذا الوجه الذي ذكرنا قوله وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف يعني
لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة في الدين ايضا كما قال ابو يوسف قوله
وعن ابي يوسف مثل قول محمد يعني تقبل الشهادة في الدين ايضا عند ابي
يوسف كما قال محمد ولا تقبل الشهادة في الوصية بالف درهم مرسلة بالاتفاق
والحاصل ان قول كل واحد من ابي حنيفة وابي يوسف اضطرب لحصول من كل
روايتان وقول محمد منفرد لا اضطراب فيه فلاجل هذا قال في المتن وعن
ابي يوسف مثل قول محمد ولم يقل مثل قولهما لاضطراب قول ابي حنيفة قوله
لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة وذلك لانهم يستحقون
في ثلث العبد والله اعلم قال العبد الضعيف ابو حنيفة امير كاتب
بن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي الاتقاني غفر الله له ولوالديه

احمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا على بلوغي اخرها بالرضا من الشرح
المسمى بغاية البيان يوم السبت الثامن من ذي قعدة الحرام من سنة سبع
واربعين وسبعمائة وقد طالت المدة في الشرح بسبب العلائق والعوائق
ونكبات الزمان وبقيت في عمل الشرح ستا وعشرين سنة وسبعة اشهر
وثمانية ايام وكان افتتاح الشرح غرة شهر ربيع الآخر من سنة احدى وعشرين
وسبعمائة ولم آل جهدي في بيان المعقول والمنقول وحل اللفظ وغير ذلك للبيب
الخبير بالمعاينة وكل ذلك من فضل الله عز وجل ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء
ومع هذا لا يخلو حالي عن حاسد او معاند مكابر للحق يؤذيه او يزري به
فان تجد عيبا فسد الخللا فجل من لا عيب فيه وعلا وما كان غرضي من التطويل
الا اتمام الفائدة لطالبي التحقيق والحمد لله رب العالمين وصلواته على خير البرية اجمعين

كتاب الخنثى

اخر كتاب الخنثى لوقوع الخنثى نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة
اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة
ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره واخره عن سائر الكتب لندرته
وقلة الاحتياج الى بيانه **فصل في بيانه** اي بيان الخنثى **قوله**
قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام
وان كان يبول من الفرج فهو انثى اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان
كان يبول منهما والبول يسبق من احدهما نسب الى الاسبق فان كانا في السبق
سوا فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينسب الى
اكثرهما بولا الى هنا لفظ القدوري رحمه الله اعلم ان الله تعالى خلق ذكورا واناثا كما

قال

قال تعالى خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء
وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور ثم بين حكم الذكور والاناث في كتابه
ولم يبين حكم شخص له آلة ذكر وآلة انثى فعلم ان الشخص اما ان يكون ذكرا واما ان يكون
انثى ولا يكون الشخص الواحد ذكرا وانثى جميعا ثم قد يقع الاشتباه في انه ذكر او انثى
لمعارضة الآلتين احداهما بالاخرى الى ان يترجح احداهما بمرجح نحو خروج البول فان
لم يترجح بقي مشكلا وقد يقع الاشتباه بعدم آلة التمييز اصلا بان يولد ولد ليس
له آلة الذكر ولا آلة الانثى وهذا ابلغ وجهي الاشتباه ولهذا بدا محمد كتاب الخنثى به
وروي عن الشعبي انه سئل عن مولود ولد ليس بذكر ولا انثى وليس له ما للانثى
وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال
عامر له نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا في الخنثى
المشكل في امر ميراثه اذا مات قبل ان يدرك فيستبين حاله بنبات
اللحية او بنبات الثديين والاصل في اعتبار المبال ما روى محمد في اوائل كتاب
الخنثى عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه سئل عن مولود ولد في قوم له ما للمراة وما للرجل كيف
يورث فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حيث يبول وهكذا روي
عن علي وجابر بن زيد وعن قتادة وعن سعيد بن المسيب انه يورث من حيث
يبول ولان ما يقع به الفصل بين الذكر عند الولادة الآلة في الادمي وفي
سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الآلة خروج البول
منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعلم ان المنفعة الاصلية
للآلة ما قلنا فلهذا يعتبر ذلك لانه الجزء الاصلي دون غيره
فاذا بال منهما يعتبر السبق لان السبق من اسباب الترجيح فدل

فدل السبق على انه هو المجرى الاصلي وخروجه بعد ذلك من موضع اخر انصراف
عن المجرى لعلة او عارض فلا يلتفت اليه ولانه لما خرج من احدهما حكم باعتباره فبعد
ذلك لا يعتبر ذلك الحكم لخروجه من الموضع الاخر كرجل اقام بينة على نكاح امراة
وقضي له بها ثم اقام الاخر البينة لا يلتفت الى البينة الثانية وكذلك لو ادعى
نسب مولود واقاما البينة وقضي به له ثم ادعاه اخر واقام البينة لا يلتفت
الى ذلك وان كان يبول منهما جميعا معا قال ابو حنيفة لا علم لي بذلك وقال
ابو يوسف ومحمد يورث من اكثرهما بولا هكذا ذكر الحاكم والقدوري ايضا وقال
الطحاوي في مختصره وان بال منهما جميعا معا فان ابا يوسف قال لا علم لي به وكان ابو
بكر الاسكاف في شرحه لمختصر الطحاوي روى عن ابي يوسف انه من اكثرهما بولا
يورث ثم قال ابو بكر الرازي وذكر محمد في كتاب الدعوى انه اذا بال منهما قضيت به لاول
ما يبول منه ولم يذكر فيه خلافا ثم قال فان بال منهما جميعا لا يسبق واحد منهما صاحبه
قضي به للاكثر في قول ابي يوسف ومحمد وفي قول ابي حنيفة لا حكم للاكثر فجعله
مشكلا مع كثرة احد البولين اليه مال الشيخ ابو بكر الرازي وجه اعتبار الكثرة لان الكثرة
دليل قوة ذلك المجرى وكونه عضوا اصليا فالظاهر ان الذي يخرج منه البول
اكثر هو المبال والحكم للمبال وابو حنيفة لم يعتبر كثرة البول لانه قد يكون ولكثرته
لاجل ضيق المخرج وسعته لان مخرج بول النساء اوسع من مخرج بول الرجال فلم
يكن فيه دلالة على حاله في الذكورة والانوثة وقال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي ان ابا حنيفة استقبح الترجيح بالكثرة على ما حكي عنه ان ابا يوسف
قال له يورث من اكثرهما بولا وقال ابا يوسف هل رايت قاضيا يكيل
البول بالاواقي فقد استبعد ذلك لما فيه من القبح وتوقف في الجواب لانه لا
طريق للتمييز بالرجوع الى المعقول ولم يجد فيه نصا فتوقف وقال لا ادري وهذا من

علامات

علامات فقه الرجل وورعه ان لا يخبط في الجواب على ما حكي ان ابن عمر رضي
الله عنهما سئل عن مسألة فقال لا ادري ثم قال بخ بخ لابن عمر سئل عما
لا يدري فقال لا ادري ولذلك ابو يوسف ومحمد قالا ان استويا في
المقدار لا علم لنا بذلك ولم ينقل عن احد بعدهم انه علم ذلك ووقف فيه على
دليل فيكون قول ابي حنيفة واصحابه لا علم لنا به موجبا نقصانا فيهم
قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل اي قال القدوري
في مختصره يعني ان الاشكال انما يكون في حالة صغر الخنثى فاذا بلغ فلا بد من ان
يظهر فيه احدى العلامتين غالبا اما علامة الرجال واما علامة الانثى
فان جامع بذكره او خرجت له لحية او احتلم كما يحتلم الرجال فهو رجل وقوله في
ذلك مقبول لانه امين في باطنه لا يعلمه غيره وقول الانسان مقبول فيما
يخبر عما في باطنه مما لا يعلمه غيره وان كان له ثديان مثل ثدي المراة او رأى
حيضا كما ترى النساء او كان يجامع كما تجامع المراة او ظهر به حبل او نزل له
في ثديه لبن فهو امراة لان هذه علامات الانوثة للبلوغ وبها يختص
احد الصنفين من الاخر وان لم يظهر بعد البلوغ شيء من هذه العلامات
او تعارضت العلامات بان يوجد فيه علامة الرجال وعلامة المراة جميعا
فهو خنثى مشكل وحاله بعد هذا الفصل

فصل في احكامه

اي احكام الخنثى المشكل وهو الذي لم يظهر فيه احدى علامات او تعارضت
العلامات وتذكير الضمير الراجع الى الخنثى لتغليب الذكر على الانثى لان فيه
جهة الذكورة وجهة الانوثة الا ترى انه لو لم يكن حالة الذكورة لم يكن مشكلا
ولان التذكير هو الاصل لان حواء خلقت من ضلع ادم كما قال الله تعالى في
تفسير قوله تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم الاصل في حكم الخنثى المشكل

ان يوخذ فيه بالاحتياط كما في المسائل المذكورة بعد هذه **قوله** فاما اذا وقف
خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء اى قال القدوري في مختصره قال شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي ويكون في الجماعة خلف صف الرجال امام صف
النساء لان تمام الاحتياط فيه فانه ان كان رجلا فوقوفه في صف النساء يفسد
صلاته وان كان امراة فوقوفها في صف الرجال يفسد صلاة من عن يمينها وعن
يسارها ومن خلفها من الرجال بحذائها لان المراهقة في هذا كالبالغة
استحسانا فاذا وقف خلف صف الرجال امام صف النساء يتيقن بجواز
صلاتها وصلوة جميع القوم وان وقف في صف النساء فاحب الى ان يعيد الصلوة
كذا في المجرد في الاصل وذلك لان سبب وجوب الصلوة عليه معلوم والسقوط
هنا بالاداء مشتبه والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب الا انه لم
يلزم الاعادة قطعا لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذات
المراة الرجل في صلوة مشتركة موهوم وللتوهم احب له ان يعيد الصلوة قال
وان قام في صف الرجال فصلوته تامة لانا نتيقن بجواز صلوته ذكرا كان او انثى
ويعيد الذي عن يمينه والذي عن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم على طريق
الاستحباب لان محاذات المراة الرجل في حقهم موهوم ومبنى العبادات على
الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا الصلوة لهذا **قوله** قال واحب الينا ان يصلي
بقناع ولفظ قال لم يقع موقعه لانه انما يقول لفظ قال اذا كانت المسئلة مذكورة
في البداية يسند الفعل الى المجرد واما الى القدوري وهذه لم يذكر في البداية
وانما هي من الاصل وقال في الاصل وان يصلي بقناع احب الي وذلك لانه اقرب
الى الستر ولانه ان كان رجلا فالتقنع لا يمنع جواز صلاته وان كانت انثى فهي
تومر بالتقنع في صلاتها اذا كانت مراهقة بعد الاشتباه يترجح هذا

الجانب

الجانب كذا في شرح الكافي **قوله** ويجلس في صلوته جلوس المراة وهذه من
مسائل الاصل ذكرها على سبيل التفريع وفسر ذلك شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي بقوله يعني اذا يخرج رجليه من جانب ويفضي باليتيه الى الارض
لانه اقرب الى الستر ولان الرجل لا باس بان يجلس كذلك عند العذر
واشتباه الحال من ابين الاعذار **قوله** وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد
لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وذلك لان
فساد الصلوة بلا قناع موهوم وللتوهم استحب له ان يعيد الصلوة كما اذا
وقف في صف النساء وان لم يعد اجزاه قال بعضهم في هذا المقام لا يتصور بقاؤه
مشكلا بعد البلوغ قلت هذا كلام بلا فكر لانه بعد البلوغ اذا لم يظهر احدى
العلامات او تعارضت كان مشكلا وبه صرح القدوري وصاحب الهداية
قبيل هذا الفصل **قوله** ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال وهذا لفظ
القدوري وتمامه فيه فان لم يكن له مال ابتاع له الامام من بيت المال فاذا
ختنته باعها ورد ثمنها في بيت مال المسلمين وبه صرح الطحاوي
في مختصره وعلل صاحب الهداية وجه ابتياع الامة بقوله لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلا كان او امراة واعترض بعضهم في شرحه وقال هذا صحيح في
حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع
العورة من سيدتها يعني ان المراة لا يحل نظرها الى المراة الا الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل وفيه نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر
ولهذا اذا اصاب المراة قرح او جرح في موضع لا يحل للرجل النظر اليه داوته
المراة ولهذا تنظر القابلة الى فرج المراة وقت الولادة يحل وكذا النظر
الى فرج المراة لمعرفة بكارتها وامراة العنين يحل ولهذا اذا اشترى امة على

انما يكره نصبته فقال وجدتها تشتهيا ينظر اليها النساء وذكرها الكرخي في مختصره كتاب
الحظر والاباحة فان اجاز النظر بالعدد فقابلة الشبهة ايضا عند حاجتها الى ان
تنظر الى فرجها وقال شمس الائمة في شرح الكافي ويكره ان يختنه رجل او امرأة
حتى يبلغ ويستبين امره لان المراهق بمنزلة البالغ في وجوب ستر عورته ونظر
الجنس الى خلاف الجنس لا يباح في حالة الاختيار فان ختنه رجل او امرأة يتوهم
نظر خلاف الجنس ولكن يشترى له جارية عالمة بذلك تختنه لانه يملكها بالشرا
حقيقة فان كان الخنثى امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان رجلا فهذا
نظر المملوكة الى مالكها قال الحاكم الشهيد قال محمد وان كان معسرا اشترى له
الامام جارية من بيت المال تختنه ثم باعها فجعل ثمنها في بيت المال قال شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي وابو حنيفة وابو يوسف لا يخالفان محمدا في هذا ولكنه
خص قوله لانه لم يحفظ جوابهما ثم مال بيت المال معد لمصالح المسلمين وفي ذلك
مصلحة ولا ضرر على بيت المال فيه فكان للامام ان يحصل ذلك بمال بيت المال وقال
ابو جعفر الطحاوي في مختصره سمعت ابن ابي عمران يقول الذي عندي في الخنثى
اذا احتاج الى الختان ان يزوجه الامام امرأة فان كان رجلا كانت زوجته
ختنته وان كانت انثى كان مباحا لها ذلك قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر
الطحاوي ما حكاه ابو جعفر عن اصحابنا هو اصح من ذلك اي اصح مما ذكره ابن ابي عمران
قال لانا اذا زوجناه كان عقد النكاح مشكوكا فيه فان صح صارت المرأة معلقة لا
تملك الخلاص منه ولا يتيقن ايضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب الميراث ان
مات وهو مشكل ولا يدرى هل تلزمه نفقتها ام لا واذا اشترى جارية فاذا
ختنته باعها وبقي ثمنها في ملكه وان كانت اشتريت من بيت المال فيكون ذلك
قياما بما يجب من سنة الختان من غير اضرار باحد **قوله** ويكره له في حقه

لبس

لبس الحلي والحرير ذكره على سبيل التفريع وهي من مسائل الاصل قال الحاكم في
مختصر الكافي ويكره له في حقه لبس الحلي والحرير وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم
اخذ الذهب بيمينه والحرير بشماله وقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثها
فانما اباح اللبس بشرط انوثة اللابس وهذا الشرط غير معلوم في الخنثى ثم ما تردد
بين الحظر والاباحة يترجح معنى الحظر فيه لقوله عليه السلام الحلال بين والحرام بين
وبينهما امور مشتبهة فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وترك لبس الحرير مما لا
يريبه ولبسه يريبه يوضحه ان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح
ليس بفرض فكان الاحتياط في ترك لبس الحرير ليكون متوقيا للحرام ان
كان رجلا كذا في شرح الكافي **قوله** وان تكشف قدام الرجال او قدام النساء
ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي واكره له ان يتكشف
قدام الرجال وقدام النساء اذا كان قد راهق حتى يستبين امره وذلك لتوهم
ان يكون امرأة والمرأة عورة مستورة قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وهذه المسألة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه
لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف بين
النساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى
ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وفي هذا الفصل روايتان مر بيانهما في
كتاب الكراهية **قوله** وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة ذكرها على سبيل
التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي واكره ان يخلو به من ليس بمحرم له من رجل
او امرأة وذلك لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان
ثالثهما الشيطان فاذا خلا بالخنثى رجل فمن الجائز انه امرأة ويكون هذا خلوة رجل
بامرأة اجنبية فاذا خلا بامرأة فمن الجائز انه ذكر فكان خلوة باجنبية والمراهقة

في المنع من هذه الحقوق كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة ولذلك يكره ان تسافر معه
امرأة محرما كانت او غير محرم لان من الجائز ان الخنثى انثى فيكون هذا مسافرة
امرأتين بغير محرم لها وذلك حرام ويكره ان يسافر الخنثى الا مع محرم من الرجال
ثلاثة ايام وما فوقها لان من الجائز انه انثى كذا في شرح الكافي **قوله** وان احرم وقد
راهق قال ابو يوسف لا علم لي بلباسه وقد ذكرها على سبيل التفريع وهي من
مسائل الاصل وعلل شمس الائمة في شرح الكافي فقال لان الرجل في احرامه يحرم عليه
لبس المخيط والمرأة في احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الا التنقب فيلبس الازار
والرداء لما استوى الجانبان لم يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا اعلم
له بلباسه وقال محمد يلبس لباس المرأة لانه اقرب الى الستر ومبنى حاله على الستر
كما في غير حالة الاحرام ثم لان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر واشتباه
امره من ابلغ الاعذار ولا شيء عليه في ذلك لانه لم يبلغ وكفارة الاحرام بارتكاب المحظور
لا تجب على غير البالغ عندنا قلت ينبغي ان يجب عليه الدم اذا كان الاشكال باقيا بعد
البلوغ على اشارة هذا التعليل كما اذا تعارضت العلامات او لم يظهر شيء منها اصلا
قوله ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى
لم يقع شيء حتى يستبين امر الخنثى ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم
الشهيد في الكافي ولو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت طالق او قال لامته
ان كان اول ولد تلدينه جارية فانت حرة فولدت المرأة او الامة هذا الخنثى
المشكل لم يقع الطلاق ولا العتاق حتى يستبين امره وذلك لان المعلق بالشرط
لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة ومع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط فهذا
نظير ما لو قال ان لم ادخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولم يعلم الدخول لم
يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى ولذا قال هنا **قوله** ولو قال كل عبد لي
حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا

الى

اي لان الحنث لا يثبت بالشك **قوله** وان قال بالقولين جميعا عتق يعني اذا
قال كل عبد لي حر وكل امة لي حرة يعتق المملوك الخنثى لانه اما ان يكون ذكرا في
الواقع او انثى فايا ما كان يعتق باحد اليمينين ولذلك لو قال ان ملكت عبدا فامرأتي
طالق فاشترى الخنثى لم تطلق وكذلك لو قال ان ملكت امة وان قال القولين جميعا طلقت
لشراء الخنثى للتيقن بوجود الشرط **قوله** وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة
لم يقبل قوله اذا كان مشكلا ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في
الكافي وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان قد علم انه مشكل
وذلك لانه مجازف فيما يخبر به عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره كذا
في شرح الكافي **قوله** وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره
وفي هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات
فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى ولا حاجة الى قوله بعد ذلك **قوله** وان مات
قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة ذكرها على سبيل التفريع ايضا
قال الحاكم الشهيد في الكافي وان مات قبل ان يستبين امره وقد راهق لم يغسله
رجل ولا امرأة ولكنه ييمم بالصعيد وذلك لان الاصل ان النظر الى العورة حرام
وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف ولاجل الضرورة
ابيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان
مشكلا لا يوجد له جنس او لا يعرف جنسه انه من جنس الرجال او من جنس النساء
فيتعذر غسله لانعدام من يغسله فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين
الرجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميمم اجنبيا يممها مع الخرقة وان
كان ذا رحم محرم يممها بغير الخرقة وكذلك اذا مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء
يممنه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذوات رحم محرم منه وان كن اجنبيات عنه

مخرقة ولا بأس بأن ينظر إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة
وفي هذا أخذ بالاحتياط فيما بني أمره على الاحتياط وهو المس والنظر إلى المرأة لما
ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي ولا يقال كيف لا يشترى له جارية تغسله كما يشترى
له جارية ختانة لأنا نقول لا فائدة في شراء الجارية بعد الموت لأنها لا تدخل في ملكه
لأن الموت ينافي المالكية فتبقى الجارية المشتراة أجنبية عنه بخلاف الجارية المشتراة
في حالة الحياة لأنها تدخل في ملكه فيحصل الغرض **قوله** وإن سجي قبره فهو أحب قال
الحاكم الشهيد في الكافي وإذا سجي قبره فهو أحب إلي وذلك لأن فيه نوع احتياط ويحتمل
أنه امرأة ومبنى حالها على الستر ولا بأس بأن يسجى قبر الرجل عند العذر كالحر والبرد
والمطر واشتباه حاله في العذر أبلغ من ذلك كذا في شرح الكافي **قوله** وإذا مات
يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى
ذكرها تفريعا أيضا وإنما يفعل كذلك اعتبارا بحالة الحياة لأنه يقوم في الصلاة بين
صفوف الرجال والنساء فكذلك بعد الممات **قوله** ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر
جعل الخنثى خلف الرجل ذكرها أيضا تفريعا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي
فإن دفنوا في قبر واحد من عذر فلا بأس بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر يوم أحد
أن يدفن جماعة من الشهداء في قبر واحد وأن يجعل بين كل ميتين حاجز من التراب
فيفعل كذلك هنا ويوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المرأة لأن جهة
القبلة أشرف فيكون الرجل بالتقريب منها أحق ألا ترى أن في حديث أحد روي أن النبي
صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم أخذا للقرآن إلى جانب القبلة ويجعل بين كل
ميتين حاجز من الصعيد [illegible] ذكر في رجال قبرين قال ابن عبد البر في كتاب الدرر عبد الله
بن جحش بن رئاب الأسدي وهو ابن عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم دفن مع حمزة في قبر واحد
وخارجة بن زيد بن أبي زهير وسعد بن الربيع بن عمرو بن أبي زهير دفنا في قبر واحد ودفن

النعمان بن مالك بن ثعلبة والمجذر بن زياد البلوي وعبادة بن الخشخاش في قبر واحد
ودفن عبد الله بن عمرو بن حرام وعمرو بن الجموح بن زيد بن حرام في قبر واحد وكانا صهرين
ومتصافيين متواخيين **قوله** وأن يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي وهي من مسائل
الأصل ذكرها على سبيل التفريع قال في شرح الكافي وإن جعل على السرير نعش المرأة
فهو جائز لأنه أقرب إلى الستر والستر مندوب إليه عند اشتباه الأمر والنعش شبه
المحفة مشبك يطبق على المرأة إذا وضعت على الجنازة وقد سبق في باب الجنائز **قوله**
ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي وهذه ذكرت على سبيل التفريع أيضا وذلك
لأنه أقرب إلى الستر ولأن الزيادة في كفن الرجل عند الحاجة جائز والاشتباه أمر من
أسباب العذر ولهذا يكفن كما تكفن الجارية كذا قال في شرح الكافي ثم ههنا مسائل ذكرت
في شرح الكافي فنذكرها في هذا الموضع تكثيرا للفائدة وهي أن الخنثى إذا مات يحل قبره
دون ذي رحم محرم منه لاحتمال أنه أنثى فلا يلمسه غير المحرم وإن قبله رجل بشهوة لم يتزوج
أمه حتى يستبين أمره لأنه إن كان أنثى فقبله بعد ما راهق يثبت حرمة المصاهرة
فيكون أمه حراما عليه من هذا الوجه وترك نكاح امرأة تحل له أولى من نكاح امرأة
هي محرمة عليه قال وإن زوجه أبوه رجلا أو امرأة فلا علم لي بنكاحه وهو موقوف إلى أن
يبلغ لأن الذكر يدخل في النكاح دخول المالكين والأنثى تصير مملوكة بالنكاح ولا يمكن إثبات
واحد من الوصفين في حقه من غير دليل ولا وجه لإبطال نكاح الولي في حال قيام الولاية ما لم
يعلم أنه لم يصادف محله فيكون موقوفا إلى أن يبلغ فإن ظهرت به علامة الرجال
وقد زوجه أبوه امرأة حكم بصحة النكاح من حين عقد الأب لأنه تبين أنه تصرف
صادف محله وإن لم يصل إليها أجل كما يؤجل العنين وإن كان زوجه أبوه من رجل
ثم ظهرت به علامة الرجال فقد تبين أن هذا التصرف لم يصادف محله فكان باطلا
قال وإن قذفه رجل بعد ما بلغ قبل أن يستبين أمره أو سرق أو سرق

منه اقيم الحد لانه صار بالبلوغ مخاطبا وحد القذف والسرقة لا يختلف بالذكورة
والانوثة واشتباه حاله لا يمنع تحقق قذفه موجبا للحد عليه ولا تحقق سرقته
والسرقة منه موجبة للقطع قال وان قذفه رجل فلا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب
والرتقا اذا قذفهما رجل وهذا لان القاذف يستوجب الحد بنسبة الرجل الى فعل
يباشره وبنسبة المرأة الى التمكين من فعل يباشره غيرها ومع اشتباه امره
يتصور السبب ولا يدرك ان قاذفه الى اي فعل نسبه فانه ان نسبه الى
مباشرة الفعل وهو امرأة فانه نسبه الى محال فيكون بمنزلة قذف الرتقا
والمجبوب وان كان نسبه الى التمكين وهو رجل فنسبه الى ما هو قاصر في حقه
غير موجب للحد عليه وعند اشتباه الامر لا يمكن اقامة الحد على القاذف قال
واذا قطع رجل يده او امرأة قبل ان يستبين امره فلا قصاص على القاطع لان حكم
القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والانوثة ولا يجري القصاص بين الرجال
والنساء في الاطراف فان كان القاطع رجلا لم يجب القصاص اذا كان هو امرأة وان كان
القاطع امرأة لم يجب القصاص اذا كان هو رجلا فعند الاشتباه يتمكن فيه الشبهة
والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات وبه فارق القصاص في النفس فانه لا يختلف
بالذكورة والانوثة سواء قتله رجل او امرأة كان عليه القصاص لتيقننا بوجوبه بدون
شبهة ولو وطئ هذا الخنثى رجلا او امرأة او قتله لم يكن عليه قصاص ولا الدية
على عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطاه سواء قال وان اخذ الخنثى اسيرا من
الكفار او ارتد بعد الاسلام لم يقتل لان القتل عقوبة تندرئ بالشبهات
فاما ان يكون هذا في حال الصغر والصغير لا يستوجب العقوبة او بعد البلوغ فيتوهم
كونه انثى وان كان الخنثى من اهل الذمة لم يوضع عليه خراج راسه لانه من المعنيين
ولذلك لا يدخل الخنثى في القسامة للصغر او لتوهم الانوثة قال ــــــــوان

لام

زوجه ابوه قبل ان يبلغ رجلا او زوجه امرأة فان ذلك موقوف لا يجيزه ولا يبطله ولا
يتوارثان حتى يستبين امره وانما لا يبطله لان العاقد ولي ولا يجيزه لانا لا نعلم
مصادفة هذا العقد محله ولا يتوارثان لان التوارث من حكم انتهاء النكاح الصحيح بالموت
وان قتل خطأ قبل ان يستبين امره فعلى قول الشعبي على العاقلة نصف دية المرأة ونصف
دية الرجل باعتبار الاحوال وعلى قول ابي حنيفة القول قول العاقلة وعلى اولياء القتيل البينة لان
العاقلة منكر للزيادة فكان القول قوله مع اليمين وعلى مدعي الزيادة اثباتها بالبينة قال
رجل مات وترك ابنا وامرأة وولدا خنثى من هذه المرأة فمات الخنثى بعد ابيه فادعت
امه انه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام وادعى الابن انه كان يبول من حيث
تبول الجارية فالقول قول الام لانها تدعي الزيادة في ميراثها منه والابن منكر
للزيادة فالقول قوله مع يمينه على علمه لانه يستحلف على فعل الغير والبينة بينة الام
سواء اقامت هي وحدها او اقاما جميعا البينة لانها تثبت الزيادة في حقها والابن
ينفي ببينته تلك الزيادة ولو اقامت الام بينة على ذلك واقام رجل البينة ان
الميت زوجه على الف درهم وانما كان يبول من حيث تبول النساء وطلب ميراثه منها
فالبينة بينة الزوج لان في بينته زيادة اثبات فانه يثبت صحة النكاح والميراث
لنفسه فكانت بينته اولى بالقبول ثم للام نصيبها من الصداق وعم ولا
تعالج تنكر وجوب الصداق فكيف تاخذ نصيبها منه لانها صارت مكذبة فيما
زعمت في الحكم ودعم الزاعم يسقط اعتباره اذا جرى الحكم بخلافه ولذلك ان اقام
كل واحد منهما البينة انه كان يبول من المبال الذي ادعاه ولم يكن يبول من
المبال الذي ادعاه الآخر ولم يكن يبول من المبال الآخر لان قوله ولم يكن يبول نفي والشهادة
على النفي لا تكون مقبولة فوجود هذه الزيادة كعدمها ولو اقامت المرأة البينة ان
اباها زوجها اياه في حال حياته وامهرها عنه الف درهم وانه كان غلاما يبول

من حيث يبول الغلام خاصة واقامت الام البينة انه كان يبول من حيث يبول الجارية
فالبينة بينة المراة لما فيها من اثبات الزيادة وهو اصل النكاح والمهر والميراث
ولو اقامت هذه المراة البينة على ما وصفنا واقام الزوج البينة على ما وصفنا في المسالة الاول
فالبينة بينة المراة لان البينتين تعارضتا في اثبات النكاح والميراث وفي بينة المراة زيادة
وهو اثبات الصداق فيترجح بذلك وان وقتت البينتان وقتا فالوقت الاول اولى لان
صاحب الوقت الاول يستحقه مطلقا في الحين وقت لا ينازعه غيره فيه وبعد ما ثبت ذلك في
الوقت الذي اسنده اليه تصير البينة الثانية محالا وان كان الخنثى حيا ابطلت ذلك كله
ولم اقض بشيء منه لان في حال حيوته المقصود هو الحل وقد تعارضت البينتان فيه وانتفتا لاستحالة
ان يكون الشخص الواحد زوجا وزوجة بخلاف ما بعد موته فالمقصود قد ارتفع فصار كما لو
اذا وقتا وانما المقصود المهر والميراث فصرنا الى الترجيح باثبات الزيادة وهو نظير الخنثى
ادعتا نكاح رجل بعد موته واقامت كل واحدة بينة فقضى لهما بالميراث منه ولو كان الرجل
حيا لكان يبطل البينتان اذا لم توقتا وكذلك لو ادعى رجلان نكاح امراة فهو على هذا
والفرق بينهما بعد الموت وعليه قال لو اقام رجل البينة ان اباه زوجها اياه بالغة
برضاها وانها ولدت منه هذا الولد واقامت المراة البينة ان اباها زوجها اياه برضاها
وانه دخل بها فولدت هذا الغلام منه ابطلت ذلك كله لان في كل واحدة من البينتين
اثبات النكاح والنسب والميراث فاستويا والجمع بينهما محال فاذا لم اعرف الحق
منهما ابطلت ذلك كله ولو كانت احدى البينتين وقضى القاضي بها ثم جاءت الاخرى
لم يلتفت اليها لانا لا نتيقن بكذب احدى الفريقين بصورة القضاء بصدق الفريق
الاول الحكم بكذب الفريق الثاني قال وهذا الجواب انما يكون في حال حيوة الخنثى واما
بعد موته فقد بينا ان بينة المراة اولى لما فيها من اثبات الزيادة وهو المهر **قوله** ولو
مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في

الميراث

الميراث الا ان يثبت غير ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى
وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله فقال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة وهذا الخلاف
القدوري في مختصره وصاحب الهداية كانه اختار قول محمد ولهذا ذكر دليل محمد بعد دليل
ابي يوسف ثم اعلم ان القدوري جعل قول محمد مع ابي يوسف حيث قال وقالا للخنثى نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وكذلك اثبت صاحب الهداية فيه وكذلك ذكر الشيخ
ابو نصر البغدادي في شرحه ويدل على ان قول محمد كقول ابي يوسف الا انهما اختلفا في
الترجيح ما ذكره الطحاوي في مختصره فقال قال ابو حنيفة اذا هلك الرجل عن ولد خنثى
وابن غير خنثى اعطى الخنثى على انه بنت حتى يعلم غير ذلك وقال ابو يوسف المال بينه وبين
الابن المعروف على سبعة للابن المعروف منه نصيب ابن كامل ونصيب الخنثى ثلثة ارباع نصيب
ابن كامل وقال محمد يقسم المال بينهما على تنزيل الاحوال فيكون للخنثى منه خمسة من اثني عشر
وللمستيقن سبعة من اثني عشر وبه ناخذ وهذا اصح من قول ابي يوسف الى هنا لفظ
الطحاوي في مختصره وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ووجه قول ابي حنيفة
ان نصيب البنت مستيقن للخنثى والزيادة عليه مشكوك فيها فلا يستحقه الا بيقين
لانه لا يجوز توريثه بالشك واما ابو يوسف فانه يضرب للابن بنصيب ابن كامل
وهو اربعة وللخنثى بثلثة ارباع نصيب ابن وذلك لانه يضرب بنصف ميراث ابن سهمين
من اربعة وبنصف ميراث ابنة سهم واحد فصار جميع ما يضرب به ثلثة ويضرب
للابن باربعة واما محمد فانه جعل الخنثى مستحقا لخمسة من اثني عشر لانه ان كان
ذكرا فله ستة وللاخر ستة وان كان انثى فله اربعة وللاخر ثمانية فله في حال
اربعة وفي حال ستة فذلك عشرة في حالين له نصف ذلك خمسة من اثني عشر وللابن
ستة في حال ثمانية وفي حال ستة فذلك اربعة عشر في حالين له نصفها سبعة وقد ذكر

عن ابي يوسف رجوعه الى هذا القول الى هنا لفظ ابي بكر الرازي رحمه الله تعالى وهذا لانه ان
محمد جعل ان الخنثى نصف النصيبين كابي يوسف ولكن ذكر الفقيه ابو الليث ان هذا مختلف
الرواية قول محمد كقول ابي حنيفة فقال ولو ان رجلا مات وترك ابنا وترك ابنا اخر خنثى
وقد روي عن الشعبي انه قال للخنثى نصف ميراث الرجل ونصف ميراث المراة وقد ذكر عن ابي
يوسف انه فسر قول الشعبي بتفسيرين احدهما ان الخنثى من وجه كانه ابن ومن وجه كانه ابنة
والابنة تكون نصف الابن في الميراث فجعل الخنثى كانه ثلثة ارباع الابن فيجعل الميراث على سبعة
اسهم للابن اربعة والخنثى ثلثة لانه ان كان ابنا فله النصف وان كان ابنة فله الثلث
فيحتاج الى حساب له نصف وثلث واقله ستة فيجعل اصل المسئلة من ستة للابن الذي بعينها
انه ابن الثلثان وهو اربعة بقي هنا سهمان ولا يخلو اما ان يكون الخنثى ابنا او ابنة
فان كان ابنة فله هذان السهمان وان كان ابنا فله اربعة مثل ما اعطينا الابن الاخر
فالسهمان واجبان في الحالين جميعا والسهمان الزائدان يجبان في حال ولا يجبان في حال
فتنتصف ذلك فيوجب له ثلثة اسهم وللابن اربعة فيقسم المال بينهما على سبعة اربعة
للابن وثلثة للخنثى قال وكان ابو يوسف يفسر هذا اولا ثم اخذ بعد بتفسير
اخر فاخذ به وهو ان الخنثى لو كان ابنا فله نصف الميراث ولو كان ابنة كان لها ثلث الميراث
فيجعل المال من اثني عشر للخنثى في حال الثلث وهو اربعة وفي حال النصف وهو ستة فالاربعة
واجبة بغير الشك وفي سهمين فينتصف ذلك فيطرح نصفه فللخنثى خمسة اسهم وللابن سبعة
وهذا قول ابي يوسف الاخر وفي قوله الاول وهو قول ابي حنيفة ومحمد للخنثى ثلث الميراث
وللابن الثلثان ويجعل الخنثى انثى ما لم يتبين انه ابن الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث رحمه الله
ولذلك ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ويجعل المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال هو قول ابي يوسف الاول وكذلك ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي الذي هو مبسوطه فقال اختلف العلماء في حكم الخنثى المشكل في الميراث فقال

ابو حنيفة

ابو حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول هو في الميراث بمنزلة الانثى الا ان يكون
اسوأ حاله ان يكون ذكرا اي الحاصل يكون له اسوأ الحالين واقل النصيبين وفي قول ابي يوسف
الاخير له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو قريب من قول الشعبي الى هنا لفظ
السرخسي وكذلك جعل في المحيط والذخيرة قول محمد مع ابي حنيفة حيث قال صاحب المحيط
والذخيرة فيهما والحكم في توريث الخنثى المشكل ان يعطى له شر ميراث النساء الا ان يكون اسوأ
حاله ان يكون ذكرا فيجعل ذكرا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى الى هنا لفظ
الكتابين جميعا ولم يغير عبارتهما ولذلك ذكر الامام سراج الدين في الفرائض السراجية قول
محمد مع ابي حنيفة حيث قال للخنثى المشكل اقل النصيبين اعني اسوأ الحالين عند ابي
حنيفة واصحابه وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وقال في شرحه وقال الشعبي والاوزاعي
والثوري وابن ابي ليلى ونعيم بن حماد ويحيى بن ادم رحمهم الله يعطى الخنثى نصف ميراث ذكر
ونصف ميراث انثى وهو مذهب اللؤلؤي ايضا وقال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح
مختصر القدوري وقال الشافعي اجعل للخنثى اضر الحالين واوقف الزيادة على بعضه
الى ان يتبين امره او يصطلح هو والورثة فقال في هذه المسئلة للخنثى الثلث وللابن
النصف ويوقف السدس وجه قول الشافعي انه يجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون
انثى فلا يجوز ان يدفع الى شريكه بالشك فيعطى له ولذلك لا يجوز ان يعطى نصيب
شريكه بالشك ولان هذا اصل في باب المواريث ان الحاجة يرفع له الميراث بعد تلوم
وان جاز ان يكون هناك اثنان بجنبه الا انه لا يجب بيقين وجه قولهما ان للخنثى حالان
ان كان ذكرا فله نصيب ابن كامل وان كان انثى فله نصف نصيب ابن وهو لا يستحق
الا بحالة واحدة وليس احد الحالين باولى من الاخرى فجعل له نصف ما يستحقه
في الحالين وهو ثلثة ارباع نصيب الابن فزاحم الابن بذلك ثم اختلف ابو يوسف ومحمد
في قياس قوله اي قول الشعبي وقال ابو يوسف للخنثى ثلثة من سبعة وقال محمد خمسة من اثني عشر

ووجه تخريج ابي يوسف ان الابن يستحق كل المال عند الانفراد بان لم يكن معه
احد والخنثى يستحق ثلثة ارباع المال لان الخنثى في حال ابن وفي حال ابنة وللبنت الميراث نصف
الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلثة ارباع نصف ابن فيضرب مخرج الربع وهو اربعة
في سهم وثلثة ارباع فيكون سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة ووجه تخريج محمد ان الخنثى
لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف
الثلث فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف وثلث ولثلثه نصف واقل ذلك اثنا
عشر ونصف نصفه ثلثة ونصف ثلثه اثنان فيكون خمسة من اثني عشر والباقي وهو
سبعة للابن وهذا قول الى حنيفة ان استحقاق الثلث متيقن وما زاد على ذلك غير
متيقن ولا يثبت بالشك **قوله** الا ان يثبت غير ذلك استثناء من قوله وهو انثى
عنده في الميراث يعني ان الخنثى يعتبر انثى في الميراث عند ابي حنيفة الا اذا تبين غير كونه
انثى بان تظهر فيه احدى علامات الذكورة فلا تعارض فحينئذ يعتبر ذكرا **قوله** الا
ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن استثناء من قوله فاوجبنا
المتيقن وهو اعلى يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه باثبات
الزيادة لان المال لا يجب بالشك الا اذا اصابه الاقل على تقدير الذكورة فحينئذ
يعطى نصيب الذكر لكونه اقل للتيقن به صورته زوج وام واخت لاب وام هي خنثى
للزوج النصف وللام الثلث فلو قدرنا الخنثى انثى يكون لها النصف فتعول المسئلة
الى ثمانية ولو قدرناه ذكرا يكون له الباقي من الستة وهو السدس فيعطى السدس
لانه اقل من النصف وصورة اخرى امراة واخوان لام واخت لاب وام هي خنثى
اصل المسئلة من اثني عشر فللمرأة الربع وللاخوين لام الثلث فلو قدرنا الخنثى ذكرا
يكون له الباقي وهو الخمسة ولو قدرناه انثى يكون لها النصف وهو ستة فتعول المسئلة
الى ثلثة عشر فيعطى الخمسة لانها اقل من الستة واذا كان نصيبه من الميراث على

تقدير الذكورة لا يعطى شيئا اصلا لانه لا يستحق حالة كما اذا تركت المرأة زوجا واختا لاب
وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف والمسئلة من ستة فللخنثى
على تقدير الانوثة السدس تكملة للثلثين فتعول المسئلة الى سبعة وعلى تقدير الذكورة لا
شيء له لانه ياخذ ما يأخذ حينئذ بالعصوبة ولم يبق له شيء فلا يعطى شيئا اصلا ثم ينبغي
لك ان تعرف ان الثلثة من السبعة اكثر من الخمسة من الاثني عشر لان الثلثة اذا زيد
عليها نصف السبع تكون نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال الا ان يزاد نصف
السدس وهو سهم ونصف السدس اكثر من نصف السبع فيكون نصيبه على قول ابي يوسف اكثر
من نصيبه على قول محمد فافهم او نضرب احد الجزئين في مخرج الجزء الآخر فيبلغ الاقل من
الاكثر فما بقي بعد ذلك ضرب المخرجين احدهما في الآخر فما كان فهو التفاوت
بين الجزئين فنضرب الثلثة في الاثني عشر تكون ستة وثلاثين ونضرب الخمسة في السبعة
تكون خمسة وثلثين فيبقى الاقل وهو خمسة وثلاثون من ستة وثلثين فيبقى واحد فنسبه
الى ما بلغ ضرب المخرجين وهو السبعة في الاثني عشر تكون المبلغ اربعة وثمانين فيكون
ذلك سهما من اربعة وثمانين سهما وهو التفاوت بين الجزئين فافهم **مسائل**
شتى قد جرت عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر عنهم
في الابواب السابقة استدراكا للفائت ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى
او مسائل متفرقة ونحو ذلك فعمل المصنف هنا كذلك جريا على عادتهم **قوله**
فاذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى
براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في
الذي يعتقل لسانه اي ما ذكر في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في الاخرس يقرأ عليه كتاب وصيته فيقال انشهد عليك بما في هذه الصحيفة
فيومي براسه نعم قال فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار او كتب فهو جائز واذا

اعتقل لسان الرجل فقرئت عليه وصية واشار برأسه اي نعم ولكن هو باطل لا يجوز الى
هنا لفظ محمد وقال الشافعي يجوز في الوصية كذا ذكر قوله فخر الاسلام وعمر لان
المجوز هو العجز وقد تحقق فيهما جميعا ولا فرق بين العجز الاصلي والعارض الا ترى
ان الاهلية اذا تكون بدونه ذلك الوصية صورة لا ذكره احتياطا ولذلك ههنا
ولنا ان الاشارة انما اقيمت مقام النطق في حق الاخرس لحاجته الى اظهار ما في ضميره وعجزه
عن النطق عجزا لا يرجى زواله ولذا الكتابة اقيمت مقام العبارة لهذا المعنى لان البيان
بالكتاب بمنزلة البيان باللسان اذا كان الكتاب مرسوما مستبينا وفي المريض
الذي اعتقل لسانه لم يقع اليأس عن عبارته لاحتمال ان يزول ما به من المرض الذي
اعتقل لسانه فينطلق لسانه فلم تقم اشارته او كتابته مقام العبارة لان العجز عارض
على شرف الزوال الا ترى ان الايسة لما كان يأسها متحققا جاز لها ان تعتد بالشهور
والتي ارتفع حيضها لا يجوز ان تعتد بالشهور لانه يرجى منها الحيض والشيخ الفاني
يفدي عن الصيام بالطعام والمريض الذي لا يقدر على الصوم لا يجوز ان يفدي بالطعام
لانه يرجى صحته وقضاؤه والشيخ الفاني لا يرجى منه القضاء حتى لو امتد الاعتقال
الى وقت الموت كانت اشارته قائمة مقام العبارة وجاز الاشهاد عليه لانه عجز عن
النطق على وجه لم يبق رجاء زواله وصار كالاخرس قال الحاكم ابو محمد الكسي ذكر ذلك
عن ابي حنيفة قالوا وعليه الفتوى وفي الابانة عن الحلم بالتي الفصل وهو
قوله عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فلا يقاس عليه غيره **قوله** فاذا كان
ذلك ما يعرف فانه اقرار فهو جائز اي اذا ثبت من اشارات الاخرس الذي يعرف
عادة انه اقرار فهو جائز وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان الايماء بالرأس ربما
يكون دلالة على الانكار كما اذا حرك رأسه عرضا والذي يدل على الاقرار هو
التحريك من فوق الى تحت طولا وقوله يعتقل لسانه على صيغة المبني للمفعول

يقال

يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه **قوله** قد يشمل الفصلين
اي يشمل العجز فصل الاخرس والمريض الذي اعتقل لسانه **قوله** ولان التفريط جاء من
قبله اي التقصير جاء من قبل المعتقل لسانه لانه اخر الوصية الى وقت اشراف الموت
ولم يوص حين كان قادرا على النطق فلما كان التفريط من قبله لم يكن عجزه عن النطق في
الوصية عذرا **قوله** ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي ولا انتقاض يعني
ان العجز عن النطق في المعتقل لسانه عارض وفي الاخرس اصلي فلا يجوز قياس العارض
على الاصلي لان شرط القياس المماثلة بين المقيس والمقيس عليه ولم يوجد **قوله** فان قيل اذا
كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه
ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اي قال في الجامع الصغير ومعنى قوله لا يحد اي لا
يحد الاخرس اذا كان قاذفا ومعنى قوله ولا يحد له اي اذا كان الاخرس مقذوفا اما
الكتابة فانها انما جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان والعجز
في حق الاخرس الزم لانه لا يرجى زواله فكانت قائمة مقام العبارة بل بالطريق الاولى
لان الغائب يجوز ان يحضر فينطق بلسانه والاخرس لا يمكنه النطق ولا يرجى منه
ذلك وفي الكتاب تفصيل نبينه بعد هذا ان شاء الله واما الاشارة فجعلت حجة
قائمة مقام النطق في حق الاخرس لتحقق الحاجة الى ذلك في حقوق العباد ولان
اقامة الاحكام على الاشارة امر لا بد منه وقد ذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب
من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه قالوا ويحتمل ان يكون ههنا كذلك حتى لا
يكون الكتاب حجة على الاخرس في قصاص يجب عليه فيكون في مسألة الاخرس روايتان
على رواية الجامع الصغير يجب القصاص عليه بالكتابة وعلى رواية كتاب الاقرار
لا يجب القصاص ويحتمل ان يكون الاخرس مفارقا للغائب بان يجب القصاص على الاخرس
بالكتاب ولا يجب على الغائب بالكتاب والفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

وهذا هو الاشبه في مسئلتنا والفرق بين الغائب والاخرس ان في الغائب يمكن
الوصول الى نطقه فلم يعتبر كتابته في القصاص ولم يمكن الوصول الى نطق الاخرس فوجب
عليه القصاص بكتابته ولا يحد الاخرس في حد القذف ولا في غيره لان الحد لم يشرع
الا بصريح القذف وفي غير الصريح شبهة والحدود تندرئ بالشبهات والاشارة
والكتابة من الاخرس بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فلا يثبت به الحد ولان اقامة
اشارة الاخرس وكتابته مقام النطق امر ضروري ثبت دفعا للحاجة ولا يقام الحد
بالضرورة ولا يحد له لو قذفه غيره لاحتمال التصديق منه لان الساكت
قد يضمر التصديق وانما يبطل التصديق باشارته وكتابته وكل منهما امر ضروري
فبقي شبهة التصديق والفرق بين الحد والقصاص حيث لا يقام الحد باشارة
الاخرس وكتابته ويقام القصاص ان الحد لا يقام الا ببيان لا شبهة فيه الا ترى ان
الشهادة بالوطء الحرام والاقرار به لا يوجب الحد والقصاص يقام بالشهادة او
الاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد وحاصله ان القصاص فيه
معنى العوضية لشرعه جابرا للفائت فيثبت مع الشبهة كما في سائر المعاوضات
بخلاف الحدود لانها شرعت زواجر حقا لله تعالى ليس فيها معنى العوض فلم تثبت
مع الشبهة لعدم الحاجة الى اثباتها لان الحدود يحتال في درئها لا في اثباتها
قالوا ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لان محمدا
جمع بينهما فقال اذا كان الاخرس يكتب او يومي بخلاف ما توهمه بعض مشايخنا
الحاة اذا قدر عليها لم يعتبر الاشارة وقال ان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة
على الكتابة فنقول كلاهما حجة ضرورية ثبت حجيتهما عند العجز عن البيان وهما مستويان
لان في الكتابة زيادة بيان لان البيان يحصل بها حسا وعيانا بخلاف الاشارة فان
فيها احتمالا وفي الاشارة زيادة اثر لا يوجد ذلك في الكتابة لان الاشارة اقرب الى

لان

النطق

لان الاشارة اقرب الى النطق من اثار الاقلام بيانه ان العلم الحاصل بالكتابة يحصل باثار الاقلام
وهي منفصلة عن الكاتب والعلم الحاصل بالاشارة يحصل بما هو متصل به وهو راسه فكان
المتصل بالشخص اقرب اليه من المنفصل اما قوله لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة ممنوع
لان الاشارة يعتبر مع القدرة على البيان من كل وجه وهو النطق ومع القدرة على الكتابة اولى
الاثر اليها قال البخاري في الصحيح في باب الاشارة في الطلاق والامور قال ابن عمر قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا يعذب بدمع العين ولكن يعذب بهذا واشار الى لسانه وقال فيه ايضا وقال
انس اومى النبي صلى الله عليه وسلم بيده الى ابي بكر ان يتقدم وقال فيه ايضا وقال ابو قتادة
قال النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد للمحرم احد منكم امره ان يحمل عليه او اشار اليه قالوا
لا قال فكلوا وفيه ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم على
بعيره وكان كلما اتى على الركن اشار اليه وكبر وفيه ايضا باسناده الى عبد الله بن دينار عن ابن عمر
قال سمعت النبي صلى الله عليه يقول الفتنة من هاهنا واشار الى المشرق وفيه ايضا باسناده الى عبد
الله بن ابي اوفى قال كنا في سفر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما غربت الشمس قال لرجل انزل فاجدح
لي قال يا رسول الله لو امسيت ثم قال انزل فاجدح لي فقال يا رسول الله ان عليك نهارا ثم قال انزل
فاجدح فنزل فجدح له في الثالثة فشرب رسول الله ثم اوما بيده الى المشرق فقال اذا رايتم الليل قد
اقبل من هاهنا فقد افطر الصائم وقال البخاري ايضا في كتاب الصوم من الصحيح باسناده الى ابن عمر
قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة وقوله خنس اي قبض
والانخناس الانقباض ذكره الخطابي في شرحه وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي واذا طلق الاخرس
امراته في كتابه وهو يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح في كتابه لان الاخرس عاجز عن
الكلام وهو قادر على الكتاب فهو والصحيح في كتاب سواء والاصل ان البيان في الكتاب مثل البيان
باللسان لان المكتوب حروف منظومة تدل على معنى مفهوم كالكلام الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان مامورا بتبليغ الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان ثم الكتاب على ثلاثة اوجه احدها
ان يكتب طلاقا وعتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء فلا يقع به شيء نوى او لم ينو لان مثل
هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيته وذلك لا يجوز والثاني
ان يكتب طلاق امراته على ما يستبين فيه الخط ولكن لا على رسم كتب الرسالة فهذا ينوي فيه لان مثل
هذه الكتابة قد يكون للايقاع وقد يكون لتجربة الخط والقلم والبياض فينوى فيه كما في الالفاظ التي

تشبه الطلاق فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان اخرس يبين نيته بكتابه وان كان لسان
يكتب علي رسم كتب الرسالة طلاق امراته او عتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق كهذا في القضا
وان قال لم انوه يصدق في القضا لان الخط لا يهدي في القضا لانه خلاف الظاهر وهو نظير ما لو قال في فولانة
طالق عنيت الطلاق من وثاق ثم ينظر الي المكتوب به فان كان كتب امراته طالق فهي طالق سوا بعث اليها
الكتاب او لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فما لم يصل اليها لا يقع الطلاق
لانه علق بالشرط كالة الكتابة يعتبر لو علقه كالة العبارة وان ندم علي ذلك فمحا ذكر الطلاق
من كتابه وترك ما سوي ذلك وبعث بالكتاب اليها فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط
ويمحو الطلاق كرجوعه عن التعليق وان محي الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها لم تطلق لان الشرط
لم يوجد فانما وصل اليها البياض دون الكتاب وان جحد الزوج الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق
بينهما في القضا لان الثابت بالبينة عليه كالثابت بالاقرار وان كان الاخرس لا يكتب وكانت
له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرايه وبيعه فهو جايز استحسانا وفي القياس لا يقع
شي من ذلك باشارته لانه لا يتبين بالاشارة حروف منظومة فيبقي مجرد قصد الايقاع
وبهذا لا يقع الاثر الصحيح بالاشارة لا يقع شي من التصرفات بالاشارة ولكنا استحسنا فقلنا
الاشارة من الاخرس كالعبارة من الناطق الا ترى ان في العبادات جعل تحريكه حتي اذا حرك
شفتيه بالتكبير والقراءة جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق فكذا في المعاملات وهذا
لاجل الضرورة لانه يحتاج الي ما يحتاج اليه الناطق فلو لم يجعل اشارته كعبارة الناطق ادي
الي ان يموت جوعا وهذا لضرورة لا يتحقق في حق الناطق ولهذا قلنا المريض اذا اعتقل
لسانه لا ينفذ تصرفه باشارته لانه لم يقع الياس من نطقه واقامة الاشارة مقام العبارة
عند وقوع الياس عن النطق للضرورة وانما يكون له اشارة معروفة يعرف ذلك منه او
شك فيه فهو باطل لانه لا يوقف علي مراده بمثل هذه الاشارة فلا يجوز الحكم بها كذا ذكر شمس
الايمة السرخسي في باب طلاق الاخرس من شرح الكافي قوله مستبين مرسوم اراد بالمرسوم
المعنون وهو المصدر بالعنوان والعنوان ان يكتب في صدر الكتاب من فلان بن فلان الي فلان
بن فلان قوله ينوي فيه ان يطلب منه البينة فيه قوله بمنزلة صريح الكتابة اي بمنزلة
كتابة قولية كقوله انت باين قوله ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون العقد يعني
ان هذه التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشرا لا تتعلق بلفظ خاص بل تثبت بالفاظ كثيرة

بنر

لتعمل بكم لعلي التقول لكذا اوجب ان يثبت بالاشارة لحاجة الاخرس الي ذلك وكذا لظهور القتل لا يختص
بلفظ خاص فيجب ان يثبت بالاشارة قوله فيكون فيها روايتان اي في مسيلة الاخرس علي اعتبار رواية
كتاب الجامع الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة وعلي اعتبار رواية كتاب الاقرار في الغايب لا يجب
علي الاخرس القصاص بالكتابة وقال بعضهم في شرحه ههنا بغير التقية الا في الاخرس والغايب غير
الاخرس فذاك ليس بشي لانه لم يثبت الروايتان في الغايب بل فيه رواية كتاب الاقرار لا يجب
عليه القصاص بالكتابة قوله لانه جمع هنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة
وهذا دليل لقوله ودلت المسيلة علي ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا علي الكتابة ولنا في دعوي
الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيين لا للجمع
علي انا نقول قال في الاصل واذا كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرايه
وبيعه فهو جايز فيحمل ان اشارته في رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة علي
الكتابة لانه يبقي حكم اشارة الاخرس بشرط ان لا يكتب فاتهم قوله وكذلك الذي صمت يوما او يومين
اي الذي صمت يوما او يومين لعارض من العوارض فاشار براسه او كتب لا يقوم ذلك مقام النطق لانه
لم يقع الياس عن النطق لانه في معتقل اللسان وهذا يعني قوله لما بينا في المعتقل لسانه وقيل هذا
تفسير لمعتقل اللسان لكن ذكر فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال فيه وهو تاويل
ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه قوله قال واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة
اكثر تحري فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل اي قال في الجامع الصغير قالوا في شرح
الجامع الصغير هذا اذا كان في حال الاختيار وهو انه يجد ذكية اخرى بغيرها اما في حال الضرورة وهو انه
لا يجد ذكية اخرى بغيرها فيتحري بكل حال سوا كانت المذبوحة اكثر او كانت الميتة اكثر او كانا سوا
لان الميتة تحل عند الضرورة فالمختلط اولي ولكن لا ياكل من غير التحري لان التحري قد يصلح دليلا لوصول
الي الحلال فلم يصح تركه بلا ضرورة واما في حالة الاختيار فيجوز التحري عند غلبة الحلال لا غير وقال
الشافعي في حالة الاختيار لا يجوز الاكل لان التحري دليل ضروري ولا ضرورة في حالة الاختيار ولهذا لا
يتحري بالاتفاق عند غلبة الحرام واستوا الحلال مع الحرام ولنا ان غلبة الحلال تقوم مقام الضرورة في
افادة الاباحة فكما ان في حالة الضرورة يباح الميتة فكذلك يباح التناول عند غلبة الحلال علي الحرام
لان الغالب حكم الكل لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة
القليلة الا تري ان من اشترى لحما او خبزا من اسواق المسلمين يحل له التناول من غير سوال اعتبارا للغلبة

دفعا للحرج وان كانا لا يخلوا اسواق المسلمين عن حرام بان يكون ذلك مسروقا او مغصوبا وكذلك من كانت
له اخت رضاعية في مصر وهو لا يعرفها جاز له مناكحته في ذلك المصر لغلبة الحلال او لعموم البلوى وكذلك فيما
عن عينا الا انه لما علم بالحرام في الاغنام لا يأكل من غير التحري لان التحري يصلح دليلا لاصابة الحق فعند العلم
بالحرام لم يجز ترك التحري بخلاف ما اذا كانت الغلبة للحرام او كانا سواء لانه لا ضرورة حينئذ لان الحاله حالة الاختيار
لانه يجد ذكية اخرى بيقين وقال الامام ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه اذا كان لرجل سليخ غنم
فاختلط بها ذبيحة مجوسي او ميتة لم يدر اينهن هي فان كانت الغلبة للذكية او للميتة او استويا فان كان
في حالة الاضطراب وهو ان لا يجد ذكية اخرى واضطر الى الاكل يتحرى للاكل في الوجوه الثلثة لان اكل الميتة
بيقين يحل حالة الاضطراب فهنا لتحري اولى اما في حالة الاختيار وهو ان يجد ذكية اخرى بيقين ان كانت
الغلبة للذكية يتحرى فيتقي ما يظن انه حرام ويأكل البقية وان كان يجد ذكية اخرى بيقين لان الاغلب
اموال الناس لا تخلوا عن قليل حرام فلو لم يجز الانتفاع بالتحري لادى الى تعطيل امور الناس فيؤدي الى
حرج عظيم وان كانت الغلبة للميتة او استويا لم يتحر ولم ينتفع بشيء منها الا اذا كانت بحيث يعرف بها الحلال لان الحرام
مع الحلال اذا اجتمعا غلب الحرام الحلال الا انا تركنا القياس فيما اذا كانت الغلبة للحلال دفعا
للحرج ولو اخذنا بالقياس في هذين الوجهين لا يؤدي الى الحرج لان اموال الناس مما يغلب ان يكون
الاكثر حراما او النصف حراما ثم العلامة التي يعرف بها الحلال قالوا من العلامة ان الميتة اذا القيت
في الماء تطفو فوق الماء لما بقي فيها من الدم والذكية لا ولا اصح ان علامة الذكوة ان تكون اوداجه خالية
عن الدم وعلامة الميتة امتلاء اوداجها من الدم وقد قالوا فيه اشياء والاصح ما ذكرنا وكذا الزيت اذا
اختلط مع ودك الميتة او شحم الخنزير يتحلل او اكثر منها لم ينبغ له ان ينتفع بشيء من ذلك ولا يباع ولا
يستصبح به ولا يدهن ولا يدبغ به جلد لانه كانه ودك الميتة او شحم الخنزير فلا ينتفع به على حال وان
كانت الغلبة للزيت لا يحل الاكل ويحل ما عدا ذلك بان يستصبح به ويبيعه بشرط ان يبين عيبه
ويدبغ به الجلود ويغسلها لان المغلوب تبع للغالب ولا حكم للتبع وقال اصحابنا في معز ومعه
ثياب ان كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا ففي حالة الاضطرار بان لا يجد ثوبا طاهرا بيقين
واضطر الى الصلاة وليس معه ما يغسله يتحرى في الوجوه الثلثة لان الصلاة بثوب نجس بيقين
جايز حالة الاضطرار بالاجماع فلان يجوز في ثوب يشك في نجاسته وطهارته اولى وفي حالة الاختيار
وهو ان يجد ثوبا طاهرا بيقين ففي الوجه الاول يتحرى وفي الوجه الثاني والثالث لا يتحرى فكان الجواب
فيه كالجواب في السابع واذا وقع تحريه على ثوبين على ان احدهما هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع

اكبر رأيه على الاخر انه هو الطاهر فصلى فيه العصر لم تجز العصر لانه حكمنا بطهارة الثوب الثاني بالرأي
الثاني اما ان نحكم بطهارته من الاصل او بطهارته في المستقبل من وقت العصر ونجاسته فيما مضى
لا وجه الى الاول لانه يظهر ان الثوب الذي ادى فيه الظهر نجس فينتقض ما ادى من الظهر فكان
العمل بالرأي الثاني نقضا لما امضاه بالرأي الاول ولا وجه الى الثاني لانا حكمنا بنجاسة الثاني
امر حقيقي لا يحتمل التناقض بخلاف القبلة لان حقيقتها امر شرعي يحتمل التوقيت فامكننا توقيت
حقيقتها فيما مضى بالرأي الاول الى وقت الرأي الثاني وكذلك على هذا الوصل الظهر بالاول والعصر بالثاني
والمغرب بالاول والعشاء بالثاني فما صلى في الثوب الاول جايز وما صلى في الثوب الثاني لا يجوز لانه
استيقن ان الثوب الذي صلى فيه الظهر هو النجس اما صلاة الظهر واجزته العصر لانه تبين له
الظاهر بيقين فيما يمكن الوقوف عليه في الجملة اذا تحرى ثم لم يقع تحريه على شيء ولكنه اخذ ثوبين
فصلى في احدهما الظهر وفي الاخر العصر هذا والاول سواء لان فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد
فجعل كانه الطاهر هو الثوب الاول وهذا اذا اشتبه عليه النجس من الطاهر اما اذا لم يشتبه وعنده
ثيابا طاهرة فصلى وهو ساهي في احدهما الظهر وفي الاخر العصر وفي الاول المغرب وفي الثاني
العشاء ثم نظر فان الذي صلى فيه لا يدري اهو الاخر ام الاول فصلاة الظهر والمغرب جايزة وصلاة
العصر والعشاء فاسدة كما لو اشتبهت عليه وتحرى وصلى [illegible] الاولى فلو ان رجلا كان في سفر
ومعه ثلاثة اوان في كل اناء ماء وكانت الغلبة للطاهر او النجس او استويا فان كانت الغلبة للطاهر
يجوز التحري في حالة الاختيار والاضطرار في حق الشرب والتوضي كما في السابع يجوز التحري
في الحالين للاكل والبيع جميعا وفي الوجه الثاني والثالث لا يتحرى في حالة الاختيار في الحكمين كما في
السابع وفي حالة الاضطرار يتحرى للشرب بالاجماع لان شرب الماء النجس بيقين حالة الاضطرار
جايز فشرب الماء المشكوك اولى كما في السابع ولا يتحرى للوضوء عندنا لانه [illegible] في جواز الوضوء
والتيمم فاستويا فنقول التيمم اولى لان التيمم ان لم يفد له الطهارة بيقين لا يوجب نجاسة الاعضاء
بيقين والوضوء لا يفيد له الطهارة بيقين وعسى يوجب نجاسة الاعضاء وكان اعتبار التيمم اولى
فيتيمم لكن ان اراق الماء ثم تيمم كان اولى ليكون عادما للماء الطهور وان لم يرق اجزاه لانه عادم للماء
الطهور حكما وحكي عن الطحاوي انه كان يقول يخلط النجس بالطاهر حتى يكون عادما للماء الطهور
بيقين ويبقي الماء حتى يشربه ان احتاج الى شربه والله اعلم وتمت بحمد الله العزيز الموفق لعبده
على بلوغ اماله والصلاة على رسوله المصطفى محمد وآله وعلى ازواجه امهات المؤمنين وصحبه اجمعين

يقول العبد الضعيف ابو حنيفة قوام الدين امير كاتب بن امير عمر والعميد الفارابي الاتقاني جعل الله
غاية البيان نادرة الزمان في اخر الاوان في شرح كتاب الهداية للامام المحقق النحرير العلامة الكبير
برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني تغمده الله تعالى بانوار رحمته واجزاه
مغفرته ويرحم الله عبدا قال امينا وجهدت فيه واجتهدت ولم ال في افادة ما استفدت اشرحت
مشكلاته وحللت معضلاته وبينت في كل باب ما يحتاج الى البيان فليس الخبر كالعيان بمنقول
شاف ومعقول كاف مع اعتراضات بتحقيق وايراد سؤالات واجوبة بتوفيق تاركا للتقليد جانبا
ولصاحبه خائبا وهو كما قيل ان كان للضلال ام فالتقليد امه فلا جرم ان الجاهل يومه وبقيت
فيه سهرا من سنين طورا على اثره وطورا على اللين بعد الشيا واللتي من عض كلاب الدهر
ونهش حيات العصر نفى الله تعالى عن وجه الارض في الطول والعرض كل خبيث موذي ووسمه
باسم المودي والحمد لله تعالى على سلامة العاقبة ما طلعت النجوم الشارقة وافلت الغاربة حمدا
له ثم حمدا بدءا وعودا قال الشيخ رحمه الله وكان افتتاح شرحنا
بالقاهرة غرة شهر ربيع الاخر سنة احدى وعشرين وسبعماية وبعضه عمل بالعراق وايران في زمن
السلطان السعيد ابي سعيد نور مرقده وبرد مضجعه واكثر عمل ببغداد وكراسان معدودة من
اخره بدمشق الى ان ختم به في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس
اول يوم من اذار من سنة سبع واربعين وسبعماية وكان جميع مدة
الشرح ستا وعشرين سنة وستة اشهر وسبعة عشر
يوما والحمد لله رب العالمين وصلواته على
محمد واله اجمعين وصلى الله على
سيدنا محمد واله وصحبه
وسلم تسليما
امين
م

